



Universidad
de Navarra

PROGRAMAS
MÁSTER

Instituto de Ciencias para la Familia

Máster Universitario en Matrimonio y Familia

TRABAJO DE FIN DE MASTER

Curso Académico: 2019-2020

LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA Y SU PROCESO DE REINVENCIÓN

Nombre: ANA LARRAONDO ERICE

Dirigido por: Javier Nanclares

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

MÁSTER EN MATRIMONIO Y FAMILIA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA Y SU PROCESO DE
REINVENCIÓN

ANA LARRAONDO ERICE

JAVIER NANCLARES

PAMPLONA

25 DE AGOSTO 2020

LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL EN ESPAÑA Y SU PROCESO DE
REINVENCIÓN

ANA LARRAONDO ERICE

JAVIER NANCLARES

25 DE AGOSTO 2020

RESUMEN: La institución matrimonial ha sido objeto de una abundante legislación y jurisprudencia. El Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Tribunal Constitucional español han aceptado el matrimonio homosexual y la equiparación de las uniones afectivas con la institución matrimonial regulada durante siglos. Este trabajo analiza algunas de las sentencias más significativas del TEDH y la STC 198/2012.

ABSTRACT: Marriage as an institution has been subject of study by legislators and judgements. The European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court has accepted homosexual marriage and affective unions as marriage institutions. This report analyzes the main judgements from the above courts.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, matrimonio homosexual; Tribunal Constitucional 198/2012; interpretación evolutiva; indisolubilidad,

KEY WORDS: European Court of Human Rights, homosexual marriage, Constitutional Court 198/2012, evolutive interpretation, indissolubility.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
 CAPÍTULO I. NATURALEZA PERSONAL DEL HOMBRE.	8
1. VARÓN Y MUJER	8
2. DIMENSIÓN SEXUAL DE LA PERSONA	8
 CAPÍTULO II. EL MATRIMONIO	11
1. CONTEXTO LEGAL EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS	11
2. INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.....	14
 CAPÍTULO III. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL	30
1. EL MATRIMONIO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978	30
1.1. Antecedentes históricos	30
1.2. Anteproyecto de la Constitución de 1978	32
2. PRIMERA REORDENACIÓN EN CLAVE CONSTITUCIONAL: LAS REFORMAS LEGALES DE 1981	34
2.1. Proyecto de ley de 1980	34
2.2. Contexto histórico y social. Principio de aconfesionalidad del Estado	34
2.3. El debate sobre la indisolubilidad del matrimonio	36
2.4. El sentido de las leyes y el papel del legislador	37
2.5. La Constitución como norma suprema	38
3. EL MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005	39
3.1. El proyecto de ley 13/2005	39
3.2. Dictamen del Consejo de Estado	40
3.3. Debate parlamentario	44
3.4. Veto del Senado	45

3.5. Ley 15/2005	46
4. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA:	
STC 198/2012 de 6 de noviembre	47
4.1. Antecedentes	47
4.2. Alegaciones	50
4.3. Fundamentos jurídicos	52
4.4. Votos particulares	56
5. QUÉ NO ES MATRIMONIO Y POR QUÉ NO LO ES.....	61
5.1. La complementariedad sexual	61
5.2. El vínculo matrimonial	63
CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA	66

INTRODUCCIÓN

El matrimonio como institución ya no se reconoce a sí mismo. Las leyes que lo han regulado en España en los últimos cuarenta años han ido vaciando de contenido la institución del matrimonio tal y como se ha entendido durante siglos.

No sabemos de qué hablamos cuando hablamos de hombre y mujer. No sabemos de qué hablamos cuando hablamos de matrimonio y de familia. Ya no es una realidad unívoca, abarca diversas realidades, a cada cual más diferente. Queremos el reconocimiento social del matrimonio, sus derechos y privilegios, sin compromiso y responsabilidades.

El derecho al matrimonio es un derecho constitucional en nuestro país. El debate surge acerca de los titulares de ese derecho y cuál es su contenido esencial. Las sucesivas legislaciones y sentencias de los tribunales lo han ido determinando.

Este trabajo de Master estudia la evolución de la regulación del matrimonio en nuestro país España, desde 1981.

El primer capítulo aborda qué se entiende por persona, a qué hombre y mujer nos estamos refiriendo para entender el matrimonio como institución insertada en la naturaleza del ser humano.

El segundo capítulo repasa textos internacionales de derechos humanos en referencia al matrimonio y su interpretación por parte de los tribunales internacionales.

El tercer capítulo estudia la regulación del matrimonio en España y los hitos legislativos más importantes. En este capítulo se han analizado los diarios de las sesiones del Congreso de los Diputados, para situarnos en la génesis de las leyes que afectaban al matrimonio y conocer los argumentos políticos y jurídicos expuestos.

Profundizar en este tema ha sido apasionante y costoso. Todo lo que parecía esencial al matrimonio durante siglos, ya no forma parte de él. Conceptos como hombre y mujer, familia, orientación sexual, procreación, compromiso, se interpretan de manera cambiante, según el sentir social de cada época histórica. Las leyes bailan al compás de lo que demanda la sociedad. Descubrir qué es esencial al régimen jurídico del matrimonio y qué no lo es, es el objeto de este trabajo

CAPÍTULO I: NATURALEZA PERSONAL DEL HOMBRE

1.Varón y mujer

En la identidad del ser personal del hombre, se encuentra el ser varón o ser mujer.

Ser hombre o ser mujer no es fruto de condicionamientos históricos, sociales. No es una realidad inventada sino el punto de partida de quiénes somos y cómo nos debemos entender. En el mundo existen hombres y mujeres. “La naturaleza humana se individualiza de modo completo según dos modos parcialmente distintos; varón y mujer poseen totalmente la naturaleza humana (HERVADA, J., 2015, pg. 517). La masculinidad y la feminidad son dimensiones de la persona humana, forman parte de su estructura esencial, de su dinamismo como persona. Los dos son igualmente personas y distintos en su naturaleza. Son completos en cuanto personas, y están llamados a complementarse en su virilidad y feminidad, en todo lo que son distintos, que abarca tanto factores corpóreos como psíquicos. Esto supone que el varón no es superior a la mujer o viceversa. No tiene sentido el enfrentamiento entre ambos clamando por sus derechos.

2.Dimensión sexual de la persona.

El ser humano obra, se manifiesta y se desarrolla a través de las características propias de todas sus dimensiones: una de ellas es la dimensión sexual. Esta dimensión tiene una naturaleza: ser persona-varón, ser persona-mujer y forma parte de la estructura esencial permanente. El ser humano debe reconocer su naturaleza sexuada y el sentido que tiene la complementariedad sexual: la procreación. Sólo se puede engendrar entre un hombre y una mujer. Esta realidad de engendrar una nueva vida requiere la integración del hombre y la mujer en una relación estable y duradera, basada en el compromiso y exclusividad, que ha sido llamada “matrimonio”, para diferenciarla de otro tipo de relaciones afectivas. En este sentido, se puede decir que el matrimonio es una realidad natural, surge de la naturaleza de la persona humana. Por ser de la estructura permanente del hombre, traspasa las fronteras culturales. No es característico de una época histórica, de un movimiento cultural concreto, no se identifica con un tipo de mentalidad, va con la persona.

Con palabras del profesor Hervada: “El matrimonio es el desarrollo mismo de la sexualidad conforme a la estructura ontológica de la persona humana, conforme a la naturaleza personal del hombre” (HERVADA, J., 2015, pg. 379-380). Esta naturaleza sexuada comporta unos límites: si soy hombre, no puedo ser mujer o viceversa. El hombre puede no querer aceptar esta realidad biológica. Surge el conflicto entre mi identidad sexual y mi libertad individual y el libre desarrollo de mi personalidad. Este conflicto se resuelve primando la libertad: yo puedo elegir quién soy y la dimensión sexual con la que me “siento” identificado. No importa mi realidad biológica, lo que importa es el derecho a elegir mi orientación sexual.

La dualidad ser varón-ser mujer ya no forma parte de la estructura esencial de la persona, es una cuestión cultural y una elección de mi libertad. Y como consecuencia, la relación afectiva conyugal hombre-mujer, puede tomar otras alternativas: hombre-hombre, mujer-mujer, dependiendo como me defina yo a mí misma.

Así se refleja por ejemplo en la Ley Foral 8/2017 de 19 de junio. El artículo 4 expone los principios fundamentales en los que se inspira la ley: uno de ellos es el reconocimiento al disfrute de los Derechos Humanos, concretamente, el reconocimiento de la personalidad: “Toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y orientación sexual, sin necesidad de someterse a prueba psicológica o médica alguna. La orientación sexual, expresión de género e identidad sexual o de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y tiene derecho a su libre desarrollo, constituyendo uno de los aspectos fundamentales de autodeterminación, dignidad y libertad” (Ley Foral 8/2017, art. 4.b). La identidad sexual es una construcción personal y manifestación del derecho a la autodeterminación.

La Exposición de Motivos de la Ley 2/2014 de la Comunidad Autónoma de Andalucía afirma en el mismo sentido: “La definición del sexo-género de una persona va mucho más allá de la apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento del nacimiento y no es un concepto puramente biológico, sino, sobre todo, psicosocial (...). La libre autodeterminación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho fundamental”. El sexo se determina con valoraciones psicosociales, no puramente biológicas. Cada persona determinará su sexo, en función de cómo se sienta y tendrá relaciones sexuales con quien le parezca, sea varón o mujer.

No todas las relaciones afectivo-sexuales tienen la misma importancia para la sociedad. Las relaciones afectivas entre homosexuales, carecen de capacidad procreadora en sí mismas, que sólo es posible de manera natural en esa relación varón-mujer que ha sido denominada matrimonio. Pero, en coherencia con las leyes anteriormente citadas y, si nacen con intención de permanencia y tienen como finalidad la mutua ayuda, el legislador va a optar por protegerlas jurídicamente, equiparándolas a la institución del matrimonio. De las diecisiete comunidades autónomas que tiene España, doce de ellas tienen una ley específica para la igualdad social de las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. En ellas, como hemos visto en las citadas anteriormente, dos ejemplos, la determinación del sexo hombre-mujer es una elección personal.

En nuestra opinión, la identidad sexual personal no la inventa el hombre y mucho menos el legislador, se deriva de la misma naturaleza de la persona. El hombre no puede cambiar esta realidad natural, nace con ella y es clave para reconocerse como persona-varón o como persona-mujer, para entender su cuerpo, su psicología y su lugar en el mundo.

CAPÍTULO II: EL MATRIMONIO

1.Contexto legal en los textos internacionales de los derechos humanos.

El 24 de noviembre de 1977 -en el periodo político denominado “Transición”-, España firma en Estrasburgo el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En este Convenio, hay tres artículos de especial relevancia en la materia objeto de estudio.

El primero es el artículo 8, que regula el derecho al matrimonio: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia”.

El segundo es el artículo 12, que regula el derecho a la vida familiar: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

El tercero es el artículo 14 que recoge el principio de no discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El 29 de diciembre de 1978, entra en vigor la Constitución española (en adelante CE) norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que reconoce el derecho a contraer matrimonio, en el artículo 32 situado en el Capítulo II “Derechos y libertades”.

El artículo 10.2 de la CE recoge el criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en la CE: “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Es ésta una cuestión de especial relevancia que supone que en la interpretación de esos derechos, se debe tener en cuenta el corpus iuris internacional y la jurisprudencia emanada por los tribunales supranacionales al interpretar dichos textos.

El 1 de enero de 1986 se hizo efectiva la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) y en la Comunidad Europea de Energía de la Energía Atómica, con la publicación en el BOE del Tratado de Adhesión, firmado el 12 junio de

1985. En este tratado se establece que España debe adherirse a todos los convenios contemplados en la CEE para la consecución de sus fines: queda sometido al ordenamiento jurídico comunitario (art. 3.2).

El 7 de diciembre del año 2000 se aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. España, como miembro de la Unión Europea es uno de los estados firmantes de esta Carta. El artículo 21 de dicha Carta recoge el principio de no discriminación: “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

El artículo 14 de nuestra Constitución, no hace una enumeración tan exhaustiva cuando prohíbe la discriminación: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La firma del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, otorga a la Carta Europea, fuerza vinculante para los estados miembros, como dice el artículo 6 del Tratado: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

La cláusula abierta del artículo 14 de nuestra Constitución “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, deberá interpretarse conforme a la luz de los Tratados internacionales en materia de derechos fundamentales y, más concretamente, conforme a la Carta Europea, que en su artículo 21 sitúa la orientación sexual al mismo nivel que el resto de causas históricamente prohibidas. En la Carta Europea, se prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual. De esta manera, la orientación sexual goza de la misma protección jurídica que las causas enumeradas en el artículo 14 CE. Cualquier medida que se tome fundada en esta causa, deberá ser argumentada legítima y proporcional, con el fin de asegurar su constitucionalidad.

La regulación de las uniones de hecho y de las uniones del mismo sexo en los Estados miembros de la Unión Europea ha sido desigual. El primer país europeo que reguló la

convivencia no matrimonial fue Dinamarca, con la ley nº 372 de Registro Civil de Parejas de 7 de junio de 1989, que ofrecía a dos personas del mismo sexo la posibilidad de registrar su unión. Posteriormente, lo harán Noruega en 1993 con la Ley 40 sobre registro de parejas, Suecia en 1994 e Islandia en 1996.

La evolución de la política comunitaria europea ha ido hacia el reconocimiento progresivo, como se refleja en las distintas resoluciones aprobadas que, aunque se tratan de recomendaciones y no son de obligado cumplimiento, ponen las bases para las futuras legislaciones de los países miembros de la Unión:

- La Resolución A-0028/94, de 8 de febrero, sobre la igualdad de Derechos de los homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea. Esta resolución solicita, entre otras medidas: la supresión de las disposiciones jurídicas que discriminan, e incluso criminalizan, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; recomienda a los Estados miembros que se ponga fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales garantizando a dichas uniones los plenos derechos y beneficios del matrimonio; solicita además que se elimine en los Derechos nacionales toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños.

- La Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 1998, referente a la igualdad de derechos para las personas homosexuales y lésbicas de la Unión Europea, solicita a los Estados miembros la tutela de las familias monoparentales, las parejas no casadas y las parejas del mismo sexo, realidades todas ellas a las que debe garantizar la igualdad de derechos respecto a las familias tradicionales.

- La Resolución del Parlamento europeo del 14 de marzo de 2000 sobre equiparación entre familia y uniones de hecho, incluso homosexuales, recomienda a los países de la Unión que traten de adecuar sus respectivas legislaciones para que las parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo, obtengan un reconocimiento jurídico

- La Recomendación del Parlamento Europeo de 5 de julio del 2001, a favor de los derechos de los homosexuales.

- La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero 2003, en la que se insta a la Unión Europea a incluir en la agenda política el reconocimiento de los matrimonios homosexuales.

En estas resoluciones y recomendaciones, no se define qué se entiende por matrimonio, familia y vida familiar. Será la jurisprudencia de los tribunales de los distintos países de la Unión Europea y de manera especialmente relevante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) la que vaya interpretando el contenido de estos términos en diferentes sentencias.

2. Interpretación de los tribunales internacionales

La interpretación que los tribunales internacionales hacen sobre el contenido de los derechos y libertades fundamentales, son criterio de referencia para nuestra jurisprudencia. Recogemos un análisis, por orden cronológico, de sentencias de especial relevancia en el proceso de definición del contenido de la institución matrimonial: cinco del TEDH, una de la Corte Suprema de los Estados Unidos y una de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El TEDH tiene como misión enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio (entre ellos España). Se convierte así en el máximo garante de los derechos a nivel europeo.

El 11 de julio de 2002, el TEDH emitió dos sentencias contra el Reino Unido (*Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido* Application no. 25680/94), en relación al reconocimiento de los derechos de los transexuales y el derecho de los mismos a contraer matrimonio con alguien del mismo sexo que el suyo de nacimiento.

El TEDH se pronuncia sobre la diversidad de sexo como requisito del matrimonio que constituye el objeto del derecho reconocido en el artículo 12 del Convenio de Roma. En esta sentencia, la cuestión a debate es si se viola este derecho, cuando se impide a un transexual casarse con una persona de su mismo sexo biológico. Hasta la fecha, el Tribunal había respondido negativamente. En esta sentencia, el Tribunal cambia de criterio, basándose en una perspectiva novedosa en la determinación del sexo de una persona.

El Tribunal considera que el sexo no puede ser determinado con criterios exclusivamente biológicos. En la sentencia, se hace referencia al asunto *Kevin v. Commonwealth* (2001),

donde se enumeran varios factores para considerar el sexo de una persona tales como: “los rasgos biológicos y físicos de la persona al nacimiento (incluidas las gónadas, genitales y cromosómicas); las experiencias vividas por la personas, incluido el sexo según el cual fue criada y su opinión al respecto; la autopercepción de la persona como hombre o mujer; el tiempo que ha vivido como hombre o mujer; los tratamientos hormonales, quirúrgicos u otros a los que se ha sometido con el fin de cambiar de sexo y los resultados de los mismos y los rasgos biológicos, psicológicos y físicos en el momento del matrimonio” (& 39). Así considerado el sexo, el artículo 12 del Convenio ampara la pretensión de un transexual con rasgos morfológicos -tras intervención quirúrgica- y psicológicos de mujer de casarse con un varón, ya que el requisito de la diversidad de sexo que es presupuesto del ius connubii, se sigue respetando: “la primera frase alude sin duda expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse, el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba estar determinado según criterios puramente biológicos (& 62).

La argumentación jurídica del TEDH para este cambio de jurisprudencia, se basa también en una interpretación evolutiva de las leyes. Considera que, desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y “los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad (& 36)”.

El Tribunal considera que “la demandante lleva una vida de mujer, mantiene una relación con un hombre y desea únicamente casarse con un hombre. Ahora bien, no tiene esa posibilidad. En opinión del Tribunal, la interesada puede por tanto quejarse de la vulneración de la sustancia misma de su derecho a casarse. Además, no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse.

A pesar de ello, el Tribunal entiende que en cada Estado, la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente: “el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra”. Se abstiene de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a “las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas”.

Con esta sentencia, el TEDH:

- a) redefine qué es la persona desde el punto de vista sexual; el sexo ya no se determina sólo con datos biológicos sino que se acerca al concepto de “identidad sexual”, presente en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: es una opción personal
- b) hace una interpretación dinámica del artículo 12 del Convenio, en razón de la evolución social, médica y científica. Y, aunque no cuestiona el carácter heterosexual del matrimonio, sí cuestiona los criterios para determinar si concurre el principio de heterosexualidad en los casos de transexualidad.

El 29 de abril de 2008, la Gran Sala del TEDH resolvió el Caso Burden contra Reino Unido (demanda nº 13378/05), sentencia en la que se expone la cuestión del “interés público”, que justifica la protección del matrimonio.

El Tribunal examina la causa planteada por dos hermanas inglesas que viven juntas de manera permanente y comparten la titularidad de la vivienda que habitan. Plantean la exención en el pago del impuesto de sucesiones de la parte de la casa familiar perteneciente a la futura difunta, ya que han vivido una relación estable, sólida y mutuamente solidaria desde hace treinta y un años (& 10). La Gran Sala recuerda que según la Ley de Uniones Civiles de Reino Unido de 2004, una pareja puede constituir una unión civil si sus dos miembros no se encuentran entre los grados de parentesco prohibidos (& 17). Pero no explica el porqué de esa prohibición.

El Tribunal expone las diferencias entre su situación y el matrimonio o la unión civil:

-La naturaleza de la relación: el matrimonio o unión civil supone un vínculo formal reconocido por la Ley y con efectos jurídicos; la relación entre dos hermanas se debe al azar del nacimiento (& 49). Esta misma idea se refuerza en (& 62)

-La relación entre hermanos y hermanas es indisoluble, mientras que la existente entre dos cónyuges o miembros de una unión civil puede romperse (& 49)

-En el matrimonio y unión civil hay un compromiso económico (& 49) y unas cargas y obligaciones (& 51) que no hay entre hermanos

-El elemento determinante que distingue los dos tipos de relaciones es la existencia en el matrimonio de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual, más que la duración o el carácter solidario de la relación (& 65)

El Tribunal no especifica cuál es el contenido de ese compromiso público ni de las relaciones comprometidas (& 59). Las opiniones concordantes de los jueces dan un poco de luz a la cuestión.

En la Opinión concordante, el Juez Björgvinsson, hace referencia a las diferencias sustanciales entre las relaciones consanguíneas y las matrimoniales y de uniones de hecho. Son diferencias que afectan a la naturaleza misma de la relación: la primera, “el carácter sexual de la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil”; la segunda, que la institución del matrimonio está estrechamente vinculada a la idea de la familia -es decir, un hombre, una mujer y sus hijos-, como uno de los pilares de la estructura social.

En la opinión concordante, el Juez Zupančič, resalta la diferencia cualitativa entre la relación de consanguinidad y una relación que implica unas relaciones sexuales. Se pregunta más adelante: “¿Es el hecho de que dos personas tengan una relación sexual el que crea un vínculo racional con un interés legítimo del Estado?”

En esta sentencia:

- a) no se define cuál es la esencia del matrimonio o de la unión civil registrada
- b) Aunque hace referencia al contenido sexual de la relación matrimonial o unión civil, no especifica el sentido que tiene ese contenido
- c) no se aclara cuál es el contenido del interés público que justifica la protección del Estado, al omitir cualquier posible referencia a los hijos y a la familia que pudiera justificar esa protección. Evita cualquier definición que pudiera comprometerle.

La sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010 en el asunto Schalk and Kopf v. Austria (demanda nº 30141/2004) es de particular relevancia: es la primera vez que se plantea directamente la demanda de dos homosexuales que buscan contraer matrimonio. La cuestión planteada es la interpretación del derecho a la vida familiar. Hasta esta sentencia, el derecho a la vida familiar de dos personas del mismo sexo no se venía considerando como constitutiva de vida familiar sino simplemente quedaba encuadrada en el derecho a la vida privada -artículo 8 CEDH-.

La pareja de varones que presenta la demanda, alegaba que el artículo 44 del Código Civil austriaco que circunscribía el contrato matrimonial al celebrado entre dos personas del

sexo opuesto, vulneraba la Constitución Austriaca y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Recordemos que Austria aprueba la Ley de parejas registradas n°135/2009, que entra en vigor el 1 de enero del 2010, con posterioridad a la demanda presentada por Schalk and Kopf. Esta ley atribuye a las uniones registradas de parejas del mismo sexo, la misma situación legal que a los esposos, en diversos ámbitos jurídicos.

Cuando presentan su demanda al Tribunal Constitucional Austriaco, su unión no tenía protección legal, por lo que fue desestimada. Lo que invocan era que se había violado su derecho a la vida familiar, a la vida privada y el principio de no discriminación.

En esta ocasión, el TEDH afirma que “hasta dicha sentencia, la jurisprudencia del Tribunal solo ha aceptado que la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye una ‘vida privada’ pero no una ‘vida familiar’, incluso tratándose de relaciones a largo plazo entre miembros de una pareja que viven juntos” (&92).

Por ello, considera artificial mantener el planteamiento de que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar de “vida familiar” a los efectos del artículo 8 CEDH (& 94).

De esta manera, se avanza en un mayor reconocimiento legal a la convivencia entre personas del mismo sexo:

- a) reconociendo esa convivencia como manifestación del derecho a la vida familiar: una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable de facto, debe considerarse incluida en el concepto de vida familiar, exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación (& 94)

El fundamento de este enfoque se encuentra en la rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo (& 93) y en el hecho de que bastantes Estados miembros reconocen en ese momento la igualdad de acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo: 6 de los 47 Estados miembros, entre ellos España (& 27).

- b) Reconociendo que en la interpretación del artículo 12 del CEDH (& 61), tiene cabida el matrimonio entre personas del mismo sexo: el artículo 12 no debe limitarse en todas las circunstancias a dos personas de sexo contrario. Y no puede afirmarse que el artículo 12 sea inaplicable a la reclamación de los demandantes.

La Sentencia reconoce que “No obstante, tal como están las cosas, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación

de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante (& 61). Como hemos visto anteriormente, no hay consenso europeo en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En cualquier caso, el TEDH ha establecido en esta sentencia la interpretación del artículo 12 CEDH, al que se podrá apelar en el caso de que no se reconozca el matrimonio homosexual en las legislaciones nacionales.

En la opinión concurrente, el Juez Malinverni, a la que se adhiere el Juez Kovler, recuerda el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, que establece la regla general de interpretación de los tratados internacionales: “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El juez expone cómo el sentido corriente del artículo 12 CEDH no puede ser otro que el reconocimiento del derecho del hombre y de la mujer, es decir, dos personas del sexo opuesto, a contraer matrimonio, teniendo en cuenta su objeto y fin. Más adelante afirma que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse de modo contemporáneo a la luz de las condiciones actuales. Concluye afirmando que eso es una cosa y otra distinta es que el Tribunal, mediante una interpretación evolutiva, extraiga del artículo 12 un derecho inicialmente no incluido en el mismo.

Esta sentencia es un reflejo de la aplicación de la interpretación evolutiva de las leyes y de la consideración del “sentir social” como justificación del cambio en la interpretación de las leyes. Parece que es la sociedad la que exige los cambios en materia de familia y matrimonio y la que determina el contenido de los derechos y libertades protegidos por las leyes. La cuestión es también cómo determinar los límites del “instrumento vivo” que deben ser las normas fundamentales de cada país y los límites en su interpretación.

La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (EE.UU) de 26 de junio de 2015 *Obergefell contra Hodges*, consagra la legalidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Los litigantes son catorce parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas habían fallecido. Demandaron a los Estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee por prohibir los matrimonios homosexuales, al entender que dicha prohibición podía vulnerar

la “equal protection clause” de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos en una doble vertiente: la del reconocimiento constitucional del matrimonio homosexual y la relativa al reconocimiento de dichos matrimonios en cualquier Estado (la Constitución de EE.UU. carece de un artículo específico en relación con el derecho al matrimonio). Los demandantes, que habían iniciado dichos procesos en sus Estados de origen, con sentencia favorable en todos ellos, recibieron sentencia desfavorable en la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito (es la Corte correspondiente a los tribunales de distrito de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee), que revocó las sentencias favorables de los tribunales de distrito.

En la sentencia Obergefell, la Corte Suprema, II.B expone: “La historia del matrimonio es tanto una historia de continuidad como de cambio. Dicha institución -incluso dentro de los límites de relaciones entre personas del sexo opuesto- ha evolucionado a través del tiempo”. Se plantea así la cuestión desde la perspectiva de la interpretación evolutiva de la “living constitution”, de la Constitución viviente. Y describe algunos cambios que se consideraban esenciales (por ejemplo, entender que la mujer tenía igual dignidad que el hombre). Esta evolución es fruto de nuevas dimensiones de la libertad que reclaman las generaciones nuevas.

Continúa la Corte Suprema exponiendo: “Hasta mediados del siglo XX, las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo eran estigmatizadas como inmorales incluso por el propio estado”. Es en años recientes que los psiquiatras y otros han reconocido que la orientación sexual es una expresión normal e inmutable de la sexualidad humana”.

La sentencia recuerda cómo en el año 2013 con el Asunto United States v. Windsor, se invalidó la DOMA (Defense os Marriage Act), que prohibía al Gobierno federal tratar a los matrimonios entre personas del mismo sexo como válidos, aun cuando dichos matrimonios eran legales en el estado en que fueron autorizados.

La parte III de la sentencia acude al principio de igualdad consagrado en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de EE.UU mediante cuatro cláusulas: *citizenship clause* (Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen), *privileges or immunities clause* (Ningún Estado podrá dictar ni otorgar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos), *due process clause* (Tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida,

la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal) y *equal protection clause* (la protección de las leyes es igual para todos).

La Corte Suprema considera que las libertades fundamentales se extienden a ciertas decisiones personales que son esenciales a la dignidad individual y la autonomía.

Afirma: “Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la 14^a Enmienda no pretendieron conocer el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que confiaron a las futuras generaciones la protección del derecho de todas las personas a disfrutar de la libertad a medida que aprendemos su significado”. Aplicando la argumentación precedente, concluye que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho a contraer matrimonio.

La Corte Suprema expone su opinión, sintetizándola en cuatro principios.

El primer principio se refiere a la autonomía individual. “Entre los precedentes relevantes de la Corte, una de las primeras premisas es que el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual”. Continúa más adelante: “La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual”.

El segundo principio se refiere a la trascendencia del vínculo entre dos personas y por tanto a la consideración de que el derecho a contraer matrimonio es fundamental. “El matrimonio responde al temor universal de que una persona solitaria puede no encontrar a nadie. Ofrece la esperanza del compañerismo, comprensión y seguridad de que mientras ambos vivan habrá alguien para cuidar del otro”.

El tercer principio hace referencia a la protección de los niños y las familias. “Muchas parejas del mismo sexo proveen hogares llenos de amor y cuidado a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. Cientos de miles de niños están siendo criados actualmente por estas parejas”. La conclusión es que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, causa daño y humilla a los hijos de parejas del mismo sexo.

El cuarto principio se refiere a la naturaleza del matrimonio como pieza esencial del orden social. “Las parejas del mismo sexo también pueden aspirar a los fines trascendentales del matrimonio y buscar su realización en el sentido más profundo”. Este principio se

conecta con la discriminación sufrida por el colectivo de gays y lesbianas, afirmando que “la limitación del matrimonio a parejas de sexo opuesto durante mucho tiempo puede haber parecido natural y justa, pero ahora es incompatible con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio. Con ese conocimiento debe venir el reconocimiento de que las leyes excluyen el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo imponen un estigma y una lesión prohibidas por nuestra carta básica”.

La Corte Suprema concluye que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad de las personas y, bajo las cláusulas *Due process* y *Equal protection* de la Décimocuarta Enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad.

Además, no existe base legal para que un Estado se niegue a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, contraído en otro Estado, por razón de su carácter homosexual.

Concluye haciendo una exposición del matrimonio. “ninguna unión es más profunda que el matrimonio, ya que encarna los más altos ideales de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia”.

La sentencia fue aprobada con un estrecho margen, cinco a cuatro. Los *dissenting opinions* no se centraron en el reconocimiento constitucional del matrimonio a las parejas del mismo sexo sino sobre el método empleado por la Corte Suprema.

El juez Roberts, Presidente de la Corte expone: “este Tribunal no es una Asamblea Legislativa. Si el matrimonio homosexual es una buena idea no nos concierne. Bajo la Constitución, los jueces tienen poder para decir lo que la ley es, no lo que debería ser”. En el mismo sentido se pronuncia el juez Scalia quien dice que la Corte Suprema, con su poder de revisión constitucional, “roba al pueblo la libertad más importante que se afirmó en la Declaración de Independencia y ganó en la Revolución de 1776: la libertad de gobernarse a sí mismo”. Es más, considera la sentencia de *putsch judicial* al considerar que “los cinco magistrados que componen la mayoría se encuentran totalmente cómodos al concluir que cada estado violó la Constitución durante 135 años entre la ratificación de la Decimocuarta Enmienda y hasta que el Estado de Massachussets permitió los matrimonios del mismo sexo en 2003”. La cuestión de la competencia estatal o federal para regular el derecho a contraer matrimonio dos personas del mismo sexo es de suma

importancia en EE.UU. La sentencia Obergefell limita la libertad de los Estados al establecer que, al margen de la regulación establecida por cada Estado en materia de derecho al matrimonio, existen dos límites a dicha regulación: el primer límite es que ningún Estado puede prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo y, el segundo límite es que los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en cualquier Estado deben ser reconocidos por todos, pudiendo celebrarse en cualquiera de ellos. De esta manera, otorga pleno reconocimiento federal y estatal a cualquier matrimonio homosexual celebrado en los Estados Unidos.

La sentencia de la Corte Suprema:

- a) apela a la libertad y autonomía individual como bases para justificar el matrimonio entre personas del mismo sexo. El interés público que justificaba hasta ahora la regulación del matrimonio es sustituido por un espacio para nuevas libertades como “expresión, intimidad y espiritualidad”. Y esto, independientemente de la orientación sexual. Por lo tanto, pierde relevancia el carácter sexual de la relación matrimonial como se entendía hasta ahora (entre hombre y mujer)
- b) el matrimonio se concibe como un espacio para el compañerismo, la comprensión, la seguridad y cuidar del otro. Y en ello está comprometido el Estado, que debe salvaguardar los “fines trascendentales del matrimonio”, que tampoco se sabe qué se refiere
- c) el matrimonio es para todos, porque es una manera de evitar la soledad y la necesidad de compañía.

Los argumentos de la Corte tienen un contenido más sentimental y sociológico que jurídico. Sólo se hace referencia a los hijos y a la familia, como parte de la realización personal de la pareja. El primer bien que se busca es la felicidad de la pareja, no el bien de los hijos. Y la interpretación evolutiva de las leyes vuelve a ser la llave sobre la que se hace decir a las leyes, lo que queremos que digan.

Recogemos el CASO OLIARI y otros v. Italia (Aplicación nº 28766/11 y 36030/11), resuelto por el TEDH en sentencia de 21 de julio de 2015.

Los hechos son los siguientes: tres parejas de homosexuales italianos presentan solicitudes ante el TEDH alegando que con la legislación italiana no tienen la posibilidad

de casarse o entrar en cualquier tipo de unión civil y por tanto, están siendo objeto de discriminación sobre la base de su orientación sexual. Alegan violación del artículo 8 del CEDH, del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH, del artículo 12 del CEDH y del artículo 14 en relación con el artículo 12 del CEDH.

El TEDH recuerda que en casos anteriores (*Schalk and Kopf v. Austria*), ya ha reconocido que la relación de cohabitación entre personas del mismo sexo que vive con una pareja estable queda comprendida dentro de la noción de “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del CEDH. Y también ha reconocido que las parejas entre personas del mismo sexo tienen necesidad de reconocimiento y protección jurídica de su relación (& 71).

El TEDH recuerda que las leyes nacionales de Italia no reconocen el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo (& 34) y tampoco reconocen una alternativa al derecho a casarse, ya que no se reconocen las uniones civiles (& 42).

Señala que hay once estados miembros que reconocen el derecho a casarse a las parejas del mismo sexo (& 53) y que dieciocho estados miembros reconocen las uniones civiles de parejas del mismo sexo (& 54).

El Tribunal hace un repaso comparativo a las leyes en Europa y a la jurisprudencia. Recuerda algunas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) como la Recomendación 1547 (2007) sobre “El estado de los derechos humanos y la democracia en Europa”, en la que se recomienda a los estados miembros a combatir todas las formas de discriminación basadas en el género o la orientación sexual (& 58). Y la Recomendación 1728 (2010) “Discriminación en la orientación sexual y la identidad de género”, donde llama a los estados miembros a que las parejas del mismo sexo tengan reconocidos en sus legislaciones nacionales, los mismos derechos económicos, derechos de vivienda y obligaciones que las parejas de distinto sexo (& 59). También alude a la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea aprobada en 2000 que reconoce en su artículo 7 el derecho a la vida privada y familiar de todos; en su artículo 9 el derecho a casarse y a fundar una familia, que se hará de acuerdo a la legislación de cada país; en su artículo 21 el principio de no discriminación por la orientación sexual (& 62). La sentencia recuerda el caso *Obergefell* y sus conclusiones.

El Tribunal resuelve por unanimidad que Italia ha violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (& 184) basándose en que, en las leyes nacionales de Italia sólo es posible considerar las parejas del mismo sexo como unión de hecho,

regulación que no asegura necesidades básicas que son fundamentales en una relación de pareja como son los derechos y obligaciones que tiene una persona hacia la otra, incluyendo el apoyo moral y material, obligaciones alimentarias y derechos de herencia (& 169).

El TEDH recuerda que el sistema judicial de Italia está especialmente sobrecargado, lo que es un obstáculo para los demandantes, para obtener el respeto de su vida privada y familiar (& 171). El Tribunal remarca que “existe un conflicto entre la realidad social de los solicitantes, quienes en su mayoría viven su relación abiertamente en Italia, y la ley, que no les ofrece ningún reconocimiento oficial en el territorio”. En opinión del Tribunal, la obligación de asegurar el reconocimiento y la protección de las uniones del mismo sexo, y por lo tanto que la ley refleje la realidad de las situaciones de los demandantes, no supondría ninguna carga particular sobre el Estado italiano, ya sea legislativa, administrativa o de otro tipo. Por otra parte, dicha legislación serviría a una importante necesidad social (& 173).

Con respecto a las peticiones sobre la violación del artículo 12, la Corte señala (& 192) que, a pesar de la gradual evolución de los Estados miembros para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, el artículo 12 no impone una obligación a los Estados de conceder a una pareja del mismo sexo el acceso al matrimonio.

Un año después, el Tribunal de Estrasburgo resuelve el 9 de junio de 2016 el caso Chapin y Charpentier v. Francia (Solicitud nº 40183/07). Se trata de dos señores a los que -a pesar de que el alcalde de su ciudad celebró su matrimonio y lo inscribió en el Registro Civil, posteriormente el Tribunal de Primera Instancia de Bordeaux declaró la nulidad del matrimonio (& 15). La Corte de Apelación de Bordeaux especifica que en el derecho francés, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer (& 23) y que si dos personas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, quieren organizar su vida en común, lo pueden hacer acogiéndose al Pacto Civil de Solidaridad (Pacs) (& 25).

En la valoración que el Tribunal hace de la demanda vuelve a recordar que la institución del matrimonio ha sufrido una profunda evolución pero que la autorización o la prohibición del matrimonio homosexual se rige por las leyes nacionales de los Estados miembros (& 36). También recuerda que el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas, que pueden variar de una sociedad a otra y que no

puede sustituir a las autoridades nacionales, que son las que deben valorar las necesidades de la sociedad y responder a ellas.

Así lo entiende el Tribunal, recordando que el artículo 12 del Convenio reconoce el concepto tradicional de matrimonio, a saber la unión de un hombre y una mujer y que, si bien es verdad que un cierto número de Estados miembros han otorgado el derecho al matrimonio a los contrayentes del mismo sexo, no puede imponerse la misma obligación a los Estados miembros (& 37).

Respecto a la supuesta violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 del Convenio, el Tribunal entiende que la legislación francesa, lejos de perjudicar la vida privada de los demandantes, la favorece ya que las parejas homosexuales pueden unirse en Pacs, cuyo régimen jurídico permite garantizarles un cierto reconocimiento como pareja y conlleva consecuencias muy similares o idénticas a las del matrimonio en diferentes ámbitos de su vida (fiscalidad, derecho de arrendamiento, donaciones, régimen patrimonial, derecho laboral) (& 46).

El Tribunal recuerda que los Estados son libres de no otorgar derecho al matrimonio más que a las parejas heterosexuales (& 48) y además, la Ley del 17 de mayo 2013 otorgó el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales y los demandantes son ahora libres de casarse (& 51). Por todo ello, se considera que tampoco hubo violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 del Convenio.

El interés de esta Sentencia reside en el reconocimiento que hace el Tribunal del concepto del matrimonio del artículo 12 del Convenio, referido a un hombre y una mujer. Y que delega en los Estados, la regulación de la institución, teniendo en cuenta su evolución social y cultural. La sentencia se resuelve cuando Francia ya ha reconocido el matrimonio homosexual.

Por último, recogemos la Opinión Consultiva OC 24/17 de 24 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Analizaremos el segundo tema: el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo sin discriminación.

La Corte recuerda que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria (artículo 17 y artículo 11.2,

respectivamente) (& 174). Pero, no hay una definición sobre la familia. Por ello, para determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como “familia” en los términos de la Convención, (& 175), hay que recurrir a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales y a las reglas especiales de interpretación de la Convención Americana. Realizada la interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva del término, concluye que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (& 187). Por tanto, es la interpretación evolutiva la que confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana y la que es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Teniendo en cuenta esta interpretación, la Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo (& 191).

De esta manera:

1. La Convención Americana (& 199) protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo. También se deben proteger todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar entre personas del mismo sexo. Y la obligación de los Estados, trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.
2. La Corte concluye por unanimidad que el Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana (& 200 a 218). Se considera discriminatorio pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales que establece la institución matrimonial o con la procreación (& 206). Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene

razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”.

3. Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

En esta sentencia, la Corte Interamericana:

- a) define qué es lo que caracteriza el vínculo familiar (cooperación y ayuda mutua)
- b) aclara que la procreación no es un fin del matrimonio
- c) considera discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio a preferencias sexuales, “que sea entre hombre y mujer”.

Estas sentencias -recogidas por orden cronológico- afectan a contenidos esenciales de la institución matrimonial:

- a) se redefine qué es la persona desde el punto de vista sexual y se considera que la identidad sexual es una opción personal (STEDH en el asunto Goodwin vs. Reino Unido de 1 de julio de 2002)
- b) se redefine qué es la vida familiar. Es la primera sentencia que considera que la relación que mantiene una pareja homosexual que conlleva una cohabitación fáctica de manera estable, se considera vida familiar, con el mismo título que la de una pareja heterosexual que se encuentra en la misma situación (STEDH en el asunto Schalk y Kopf vs. Austria, de 24 de junio de 2010). Por tanto, reconoce vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia

Estas dos sentencias son citadas en sentencias posteriores del TEDH y en sentencias de tribunales de países de Europa.

- c) no define cuál es el contenido sexual de la relación matrimonial o unión civil ni el interés público que justifica tradicionalmente su protección (STEDH en el asunto Burden vs. Reino Unido de 29 de abril de 2008): los hijos y la perpetuación de la sociedad. Al dejarlos sin definición, difumina el contenido de estos dos aspectos esenciales de la institución matrimonial: el carácter sexual de la relación matrimonial y la procreación y protección de los hijos.

Hemos analizado la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Obergefell contra Hodges, de 26 de junio de 2015 que consagra la legalidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo, sentencia con numerosos argumentos en torno a la idea de “la libertad tiene nuevas dimensiones en los tiempos nuevos”. Aunque en Europa ya está reconocido este matrimonio en numerosos países, entre ellos España, la posición de líder mundial de este país conlleva una obligada referencia a esta sentencia. Destacamos también dos sentencias posteriores:

- d) la STEDH en el asunto Oliari y otros vs. Italia de 21 de julio de 2015 en la que el TEDH recuerda la conveniencia de dar un reconocimiento jurídico conveniente a la relación estable entre personas del mismo sexo, dando un paso al frente en su defensa
- e) la STEDH en el asunto Chapin y Charpenter vs. Francia de 9 de junio de 2016 en la que reconoce que el art. 12 del CEDH se refiere a marido y mujer cuando habla del matrimonio, aunque también reconoce que la concepción del matrimonio ha cambiado.

La OC 24/17 nos parece relevante, por ser el tribunal internacional de veintiuno países de Centro América y América del Sur y por las conclusiones que realiza sobre la institución matrimonial.

Estas sentencias son una muestra de cómo la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando en el Derecho comparado y en el Derecho europeo. La institución matrimonial queda así sin contenido específico, transformándose en una relación afectiva con ánimo de permanencia, constituida para la cooperación y ayuda mutua.

Capítulo 3: El matrimonio en el derecho civil español

La evolución de la institución jurídica del matrimonio ha ido unida al proceso de secularización de nuestro país. España ha sido un país tradicionalmente confesional católico y las distintas regulaciones del matrimonio han ido de acuerdo a la orientación política de los distintos gobiernos (MURILLO MUÑOZ, MADRID 2006).

1.El matrimonio antes de la Constitución de 1978

1.1.Antecedentes históricos

Hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, en España sólo se reconoce la forma confesional del matrimonio canónico. La Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 manda observar como Ley del Reino el Decreto Tametsi emanado del Concilio de Trento. Este decreto establece el sistema matrimonial religioso: únicamente es válido el celebrado ante el párroco u otro sacerdote autorizado, y dos testigos.

La Ley de 1870 sólo reconoce el matrimonio civil: “el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes” (art. 3). Permite celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del civil (art. 34). Esta ley dura poco tiempo: el Decreto de 9 de febrero de 1875 restablece la forma canónica, conservando exclusivamente la civil con carácter excepcional, para aquellos que declaren no profesar la religión católica.

En 1889 se promulga el primer Código Civil español, cuyo artículo 42 dice: “La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico que deben contraer todos los que profesan la Religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determina este Código”. Se establece un sistema dualista de matrimonio en el que el vínculo canónico es el principal y el civil tiene carácter subsidiario.

En 1931 se proclama la Segunda República. La Constitución de 9 de diciembre de 1931, acorde con el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 3) vuelve a implantar el matrimonio civil obligatorio: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por

mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso, de justa causa” (art. 43).

Posteriormente, la Ley de 28 de junio de 1932, instaura el sistema de matrimonio civil obligatorio para todos los contrayentes: “A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones” (art. 1).

La Ley de 12 de marzo de 1938 deroga la Ley del Matrimonio Civil de 1932 y reconoce la validez plena de los matrimonios canónicos celebrados durante su vigencia, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas.

Finalizada la guerra civil española (1939), las disposiciones sobre el matrimonio son numerosas y están en consonancia con el ideario político del dictador Franco:

- La Orden de 10 de marzo de 1941 que exige para poder contraer matrimonio civil la prueba documental de no ser católicos los contrayentes.

- El Decreto de 26 de octubre de 1956 por el que se modifican varios artículos de la Ley y Reglamento del Registro Civil de 1870, entre ellos el artículo 37 que establece: “De conformidad con el art. 42 del Código Civil, el matrimonio civil será autorizado en el sólo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica”.

- La Ley de 8 de junio de 1957 insiste en el mismo sentido que el Decreto del año anterior: es necesario acreditar la no profesión de la Religión católica para autorizar el matrimonio civil.

- La Ley de 24 de abril de 1958 reforma el artículo 42 del Código Civil, para armonizar la legislación civil con lo estipulado en el Concordato de 1953: “La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la Religión católica. Se autoriza al matrimonio civil, cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica”.

- La Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967 elaborada después de la declaración Dignitatis Humanae del Concilio Vaticano II, que considera el principio de libertad religiosa como criterio rector de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

La ley de 1967 recoge el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa: “Conforme a lo dispuesto en el art. 42 del Código civil, se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la Religión católica, sin perjuicio de los ritos

o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres” (art. 6). Se exige la acreditación por medio de prueba de estar adscrito o no a una determinada confesión religiosa (art. 32).

En conclusión, desde 1938 hasta la aprobación de la Constitución Española de 1978, se establece un sistema de matrimonio religioso como forma prevalente para cuando alguno de los contrayentes profese la religión católica, y el sistema de matrimonio civil como forma subsidiaria para cuando se pruebe que ninguno de ellos la profesa.

1.2. Anteproyecto de la Constitución de 1978

Los problemas que ocupan al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio. Estas cuestiones, junto con la determinación de la edad para contraer, protagonizaron los debates constituyentes. En ningún momento se planteó la orientación sexual de los contrayentes.

El 5 de enero de 1978 se publica en el Boletín Oficial de las Cortes el texto del Anteproyecto de Constitución de 1978. El artículo 27 recoge la regulación del matrimonio. Art. 27.1: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”. Art. 27.2: “El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos” (Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, pgs. 673-674).

Las Enmiendas a este artículo, reflejan la concepción del matrimonio y familia que defiende cada partido político. El grupo parlamentario Unión de Centro Democrático (UCD) propone la siguiente redacción del artículo 27: “1. La familia es la célula natural y fundamental de la sociedad, se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelada y protegida por la sociedad y por el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia. El derecho civil regula la forma y efectos del matrimonio” (Anteproyecto de Constitución, Enmienda nº 756). Consideran que la redacción propuesta es demasiado ambigua y se presta a todo

género de interpretaciones. Para UCD, sólo existe un tipo de familia, la que tiene su origen en el matrimonio.

El Grupo Parlamentario Socialista presenta una Enmienda, proponiendo la siguiente redacción: “Toda persona tiene derecho a desarrollar su afectividad y sexualidad, a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia”. (SAINZ MORENO, F., 1980 Vol. 1, pg. 714). Esta formulación resulta ambigua ya que coloca el desarrollo de la sexualidad y afectividad (lo cual podría incluir a los homosexuales) junto al matrimonio y a las relaciones estables de familia, pero no parece que vinculado a ello, es decir, no como medios para ese desarrollo de la sexualidad y afectividad.

En el desarrollo posterior del Anteproyecto, el matrimonio y la familia tendrán regulaciones autónomas, cada una en un artículo.

Concluidas las discusiones en el Congreso, el derecho a contraer matrimonio se sitúa en la Sección 2ª bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos” donde el art. 30 establece la plena igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer para celebrar matrimonio. Una vez que se presenta el texto en el Senado, también fueron presentadas distintas Enmiendas. Para el Grupo Independiente (Enmienda 389), la redacción del artículo 27 deber ser: “la familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad. Por tanto, se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes” (SAINZ MORENO, F., 1980 Vol. 1, pg. 2830). El Grupo Mixto propone la siguiente redacción (Enmienda 465): “Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio y a crear relaciones estables de familia en libertad” (SAINZ MORENO, F., 1980 Vol. 1, pg. 2860). Separan el matrimonio por una parte, y crear relaciones estables de familia por otra; se entiende así que la familia no surge única y exclusivamente del matrimonio.

Finalizadas las discusiones en el Senado se modifica su ubicación, pasando a situarse en el artículo 32 que será el lugar que ocupe definitivamente en el texto constitucional, una vez concluido el proceso de elaboración y publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 27 de diciembre de 1978.

2. Primera reordenación en clave constitucional: las reformas legales de 1981

2.1. Proyecto de Ley de 1980

El 1 de marzo de 1980 se presenta en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley “Modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”.

Un año después, el 17 de marzo de 1981, comienza el debate de las enmiendas. Este debate, desarrollado en 9 sesiones plenarias del Congreso de los Diputados, se extendió hasta el 22 de junio de ese mismo año y en ellas se aprobaron uno a uno los artículos modificados del Código Civil. Después de remitirse al Senado -que añadió algunas enmiendas-, fue aprobada y se publicó en el BOE. Esta ley modificó 272 artículos del Código Civil.

2.2. Contexto histórico y social. Principio de aconfesionalidad del Estado

La ley 11/1981 surge en un contexto histórico y social concreto. El divorcio es objeto de debate en toda Europa (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). En España se reconoce que es un debate tardío (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). La Ley de Divorcio que se propone se asienta en el principio de aconfesionalidad del Estado y en el principio de libertad de religión y de creencia (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393), recogidos en la Constitución 1978, artículos 16.3 y 16.1 respectivamente.

Respecto al principio de aconfesionalidad del Estado, el Ministro de Justicia, Fernández Ordoñez, expone cómo el “Estado no puede imponer a todos los miembros de la colectividad unas exigencias morales o religiosas que sólo afectan a la conciencia de una parte de ella (...) ni puede quebrarse la unidad del ordenamiento jurídico por razones de estas creencias” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). Es más, “el Estado no es el guardián de las conciencias de sus súbditos” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393).

Se debate un divorcio civil “sin injerencias de la Iglesia y que no esté mediatizado por acuerdos previos entre el Estado y la Santa Sede y de dudosa constitucionalidad en algunas ocasiones” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9410).

La cuestión de si esta ley respeta el Concordato con la Santa Sede de 1979 fue objeto de debate en la Cámara, cuestión que no estudiaremos aquí.

La Constitución española deroga el principio de confesionalidad del Estado: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” (art. 16.3 Constitución), garantiza la libertad religiosa (art. 16.1 Constitución) y que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española (art. 16.3 Constitución). Además, con la regulación del matrimonio (art. 32 Constitución), el Estado recupera la soberanía en materia de efectos civiles de los matrimonios (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9394).

La institución del divorcio se extiende con la secularización de la sociedad (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9394). El Ministro de Justicia expone que “desde el punto de vista civil, defendemos que el matrimonio no es indisoluble porque nada es indisoluble en la vida” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9396). Por tanto, “no podemos impedir que los matrimonios se rompan, pero sí podemos disminuir el sufrimiento de los matrimonios rotos” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). El divorcio es la solución a este tipo de situaciones: “el matrimonio sin amor es un matrimonio acabado, y lo que procede es buscar una salida legal a estos conflictos, porque no se puede ir en contra de los sentimientos. La disolución del vínculo matrimonial en los matrimonios deshechos es la solución más limpia”. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9402). Se trata del “divorcio como constatación o verificación del fracaso matrimonial. El divorcio es así, el reconocimiento legal de la ruptura matrimonial y de todas las consecuencias civiles que ello conlleva”. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9394 y 9395).

Lo único que hace el divorcio es declarar concluido algo que ya estaba destruido y acabado. Se afirma que el divorcio está al servicio del matrimonio y de la familia: “no podríamos hacer una ley de divorcio que mutilara o debilitara a la familia” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9395), idea que surge con frecuencia en el debate parlamentario: “la legislación en materia de divorcio debe tener por objeto

reforzar y no debilitar la estabilidad del matrimonio”. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9394).

2.3. El debate sobre la indisolubilidad del matrimonio

En el debate sobre la indisolubilidad, el grupo parlamentario del Partido Popular propuso “una ley que amparase, con garantía jurídica, la libre opción por un matrimonio civil indisoluble” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9408), ya que no “se puede negar a nadie el derecho a construir el edificio de su matrimonio -y repito, religiosa o civilmente contraído- sobre el fundamento de la indisolubilidad” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9406). Se menciona la Exposición de motivos de la ley de 1870 que, a la vez que consagró la secularización del matrimonio y quitó la potestad a la Iglesia en esta materia para dejarla exclusivamente en manos del Estado, proclamó en su art.1 que el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9406).

Siendo la indisolubilidad principio informador que tradicionalmente ha presidido nuestro ordenamiento jurídico, y en base al cual se logra una determinada concepción del matrimonio y de la estabilidad familiar (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 151, pg. 9429), “la más mínima honestidad nos obliga (...) a preguntarnos cómo hemos de recorrer el camino de la libertad sin poner en riesgo (...) lo que es patrimonio común del pueblo español” se pregunta el Ministro de Justicia (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9395).

No se puede trivializar el matrimonio o frivolar el divorcio. Es una realidad que “la familia apoyada en el matrimonio legal es más estable y más consistente que la familia de hecho, y es la familia protegida por los Estados modernos” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9395).

“Porque es algo que el Estado considera que trasciende a la pura relación privada, (...) está claro en todos los países del mundo que es mucho más sencillo contraer matrimonio que disolverlo. La estabilidad del matrimonio pertenece al bien común y es algo en lo que está implicada la sociedad entera” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9395). Por ello, la filosofía de esta ley es que no basta el simple acuerdo de las partes para disolverlo sino que debe haber un hecho fundamental como causa: que la unión

matrimonial está rota y ya no hay una efectiva convivencia (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9395).

Según los grupos parlamentarios contrarios a este proyecto de ley, “Se reduce este sistema matrimonial a un puro concepto privado e introduce un principio de privatización que rompe cualquier concepción (...), el matrimonio es algo más que un negocio privado, es nada más y nada menos que una institución social que el Estado tiene el deber de proteger y que, según nuestra Constitución, así ha de ser” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 151, pg. 9426).

¿En qué se fundamenta la indisolubilidad del matrimonio? Para la ley de 1870, “la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa como sobre base necesaria la moralidad del hogar doméstico” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9406). Para los grupos parlamentarios contrarios a la ley, “En el bien común, en la protección de la familia, célula primordial de la sociedad, en la estabilidad social que deriva de la estabilidad familiar, en el bien de los hijos (...)” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 151, pg. 9440).

¿La indisolubilidad forma parte de la esencia del matrimonio como exponía la ley civil del matrimonio de 1870? Si la respuesta es afirmativa, entonces los cónyuges no tienen plena disponibilidad sobre el vínculo matrimonial. Si la respuesta es negativa, el vínculo queda a la voluntad de los cónyuges, que pueden deshacerlo o no según lo consideren.

Hay que decir que las referencias a la familia y a los hijos son casi nulas en el debate de la ley. Cuando se habla de ella, se la define como “una realidad instrumental. La familia está al servicio del hombre, de su dignidad y de su libertad, no el hombre al servicio de la familia” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). La familia que surge del vínculo familiar queda a merced de la voluntad de los cónyuges, a pesar de ser una institución de interés social, por ser la base de la sociedad. En esta ley prima la voluntad individual de la parte por encima del bien familiar. “El divorcio no rompe nada, sólo intenta solucionar, en lo posible, una situación límite e inaguantable producida por un hecho bien simple: que en el matrimonio el amor ya no existe”. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9401).

2.4. El sentido de las leyes y el papel del legislador

Esta ley es también un debate sobre el sentido de las leyes y el papel del legislador.

La sociedad española ha cambiado y por eso hay que hacer un nuevo planteamiento de todo el derecho de familia español, adaptado a ese cambio y a los nuevos principios fundamentales que recoge la Constitución. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393).

El Ministro Fernández Ordóñez defiende que el sistema jurídico tiene que ordenar la evolución social y debe estar al servicio de la integración y no a la disolución de las instituciones básicas de la propia sociedad. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). Por eso, “las leyes no son monumentos de piedra, sino que nacen como un ser vivo y se aplican en una sociedad determinada. Lo que sucede es que en ocasiones, los protagonistas de la historia ignoran su propia perspectiva”. (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9393). Este es el criterio con el que se tiene que interpretar el texto constitucional y todas las leyes: una interpretación sociológica por un lado (se interpretan en función de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas) una interpretación evolutiva (ordenan la sociedad al ritmo de la evolución social).

2.5. La Constitución como norma suprema

En el debate sobre la ley, surge la cuestión: ¿es la Constitución como norma suprema iusnaturalista o positivista?. Para la primera concepción, existen unos derechos y unos valores fundamentales anteriores y superiores a la Constitución, que ella sólo puede reconocer, proclamar y proteger (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9411). Si la Constitución es positivista, entonces la ley no es una categoría de razón sino que es una categoría de voluntad y entonces “los derechos y los valores fundamentales no los reconoce, protege y proclama la constitución, sino que es la propia Constitución la que los crea” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9411).

El matrimonio desde una concepción iusnaturalista viene calificado por tres notas: es una unión heterosexual de un hombre y una mujer; es una unión monógama y es una unión indisoluble (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9411). Si el legislador quiere llamar matrimonio a lo que es una segunda institución, una unión en régimen de cohabitación estable y que no es indisoluble, “revela hasta qué punto los criterios morales siguen pesando en nuestras costumbres (...). Y esto es importante

porque quiere decir que está gravitando sobre el legislador el peso de nuestras tradiciones y nuestras costumbres y quiere matrimonio a lo que es matrimonio según el ordenamiento positivo, pero no sería matrimonio según el ordenamiento iusnaturalista” (Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 150, pg. 9412).

El 7 de julio de este mismo año se publica la Ley 30/1981 “Por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”.

3.El matrimonio tras las leyes 13/2005 y 15/2005

El 14 de marzo de 2004 se celebraron elecciones generales en España, que dieron el triunfo al Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Una de las promesas de su programa político era: “Derecho al matrimonio civil: Modificaremos el Código Civil a fin de posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos conlleva, en igualdad de condiciones con otras formas de matrimonio, para asegurar la plena equiparación legal y social de lesbianas y gays” (Programa Electoral Generales 2004, pg. 32).

3.1. El Proyecto de Ley 13/2005

El 12 de enero 2005 se presenta ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley “Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”. A pesar del informe negativo que emitieron el Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2004, el Consejo General del Poder Judicial el 26 de enero de 2005 y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 1 de marzo de 2005, el proyecto se llevó al Congreso, donde se debatió en Sesión Plenaria, el 17 de marzo. En ella se rechazaron las dos enmiendas a la totalidad. El 21 de abril se aprobó el texto por el Pleno del Congreso. Vetado por el Senado -con mayoría parlamentaria del Partido Popular-, vuelve al Congreso para su aprobación final el 1 de julio.

La Exposición de motivos del proyecto de ley comienza así: “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye

cauce destacado para el desarrollo de la personalidad”. (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-1,I). La consideración del matrimonio como manifestación señalada de esa relación, como institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja y como derecho reconocido constitucionalmente, conlleva la responsabilidad del legislador de desarrollar este derecho en cada momento histórico, de acuerdo con sus valores dominantes y la de determinar “la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico” (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-1,I). Es necesario dar cabida a las nuevas formas de relación afectiva.

La opción reflejada en el proyecto de ley se basa en los siguientes fundamentos constitucionales: artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución 1978 sobre la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad; artículo 1.1. Constitución 1978 sobre la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere y el artículo 14 de la Constitución 1978 sobre la no discriminación por razón de sexo (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-1,II).

Por lo tanto, “la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición” (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-1, II). El legislador aclara que “se respeta la configuración objetiva de la institución” (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-1, II).

3.2. Dictamen del Consejo de Estado

El Consejo de Estado “supremo órgano consultivo del Gobierno” (art. 107 Constitución 1978) emitió un extenso dictamen acerca del Proyecto de ley (núm. Expediente 2628/2004), que analizamos seguidamente.

La primera cuestión es examinar el artículo 32 Constitución 1978, que hace referencia expresa al derecho al matrimonio del hombre y la mujer; “en concreto, si ello supone una reserva constitucional del matrimonio a parejas de distinto sexo. Referencia que se aparta del criterio seguido por el Título I de la Constitución al recoger los demás derechos y libertades que garantiza (con empleo de otros términos: “todos”, “toda persona”, “todas las personas”, “los ciudadanos”, etc) (Consejo de Estado, III, A.1.). Para el Consejo de Estado, se trata de una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto

derecho fundamental. “Dicho en otros términos, existe un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer; no existe un derecho constitucional en el artículo 32, a la unión entre personas del mismo sexo, aunque su apartado 2 remite la regulación de determinadas cuestiones a la ley; con ello no se impide, por sí, que el legislador extienda a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio” (Consejo de Estado, III, A.1.).

Esta interpretación viene apoyada por la literalidad del precepto y por el Tribunal Constitucional, que en su Auto 222/1994 de 11 de julio, Fundamento Jurídico 2 concluye que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual”.

El artículo 32 reconoce el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad no tendría sentido si los cónyuges fueran iguales, bien porque son dos varones o dos mujeres. En este caso, si no hay diferenciación sexual, no tiene sentido fundamentar la desigualdad. Este artículo adquiere significado con una visión histórica de la institución del matrimonio, en la cual la mujer ha recibido un trato discriminatorio por parte del varón. Esta trayectoria es lo que justifica la mención de la igualdad.

En conclusión, la heterosexualidad es la característica propia del derecho reconocido por nuestra Constitución y a nuestro juicio, el contenido esencial del *ius connubii*.

Otra cuestión planteada es el papel del legislador. El artículo 32.2 remite a la Ley la regulación “de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” (Constitución 1978). Esto supone un amplio margen de actuación al legislador en su función ordenadora de la sociedad y en la adecuación del Derecho a la realidad social. Pero, “cuando su acción afecta a derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental, tiene que atenerse a los límites, infranqueables incluso por el legislador, que el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde sus primeras sentencias”. (Consejo de Estado, III, B). Las parejas del mismo sexo no tienen constitucionalmente garantizado el derecho al matrimonio. La apertura de la institución matrimonial a ellas “determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esa

regulación -por vía legislativa- se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 más allá de lo constitucionalmente admisible” (Consejo de Estado III, B).

El Consejo de Estado recuerda que la jurisprudencia constitucional ha afirmado el doble carácter de los derechos fundamentales: una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva “que impone a todos los poderes del Estado su debida observancia, también en la creación de normas jurídicas (...), lo que supone un deber del legislador de proteger los valores subyacentes en las relaciones horizontales” (Consejo de Estado, III, B).

Además, la acción del legislador deber ser proporcionada en sentido estricto, lo que exige una ponderación teniendo en cuenta los bienes, derechos o valores en juego. Para ello, habrá que determinar “si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la diversidad sexual de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio (...) de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrán considerarse conformes a la Constitución”. (Consejo de Estado, III, B). En definitiva, debe discernirse si la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo supone una ruptura de la concepción social vigente en España en nuestros días o no y si forma parte del núcleo esencial de la institución.

El Consejo de Estado constata “que la doctrina jurídica considera mayoritariamente como uno de los elementos inherentes al matrimonio lo que se ha llamado el principio de heterosexualidad” (Consejo de Estado, III, B). Este principio viene determinado también por la tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno (en sentido cultural y de civilización). La conclusión a esta cuestión es que es nítida la frontera entre el matrimonio como institución forjada por la tradición y con unos principios articuladores que le son propios y las otras formas de convivencia.

El legislador tiene dos caminos para regular el matrimonio homosexual: bien mediante una regulación especial y diferenciada del matrimonio heterosexual o mediante una integración global y general del nuevo modelo en el régimen matrimonial vigente. El legislador opta por el segundo camino lo cual conlleva ciertos inconvenientes.

“La pluralidad de realidades demanda una diversidad de instituciones (...) la diversidad de modelos de pareja llevaría a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico, antes que a forzar las instituciones y conceptos existentes” (Consejo de

Estado, IV, C.b). Al tratarse de un modelo distinto de convivencia en pareja, hay que darle un tratamiento jurídico diferente.

“La remisión en bloque a un régimen establecido para una realidad diferente plantea problemas por el distinto tratamiento que pueden requerir una y otra institución, y por el hecho de que las normas que hasta ahora ha dictado el legislador estaban orientadas a esa realidad distinta” (Consejo de Estado, IV, C.c).

Por lo tanto, la prudencia aconseja que, si se aplica a las uniones homosexuales los efectos del matrimonio, sea como consecuencia de una voluntad expresa del legislador y no como efecto colateral de la integración en el régimen matrimonial ya existente.

El artículo 32.1 de la Constitución sólo garantiza el derecho a contraer matrimonio a la pareja heterosexual. “Si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental” (Consejo de Estado, IV, C.d). La teoría de la garantía constitucional la expuso el Tribunal Constitucional en la Sentencia 32/1981 de 28 de julio, Fundamento jurídico 3: “las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”. Se entiende como núcleo esencial la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Y añade: “dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”. En conclusión, lo que impide la teoría de la garantía constitucional es que el legislador ordinario vacíe o sustituya el significado de los términos empleados en la Constitución.

En su consideración final, el Consejo de Estado insiste en que la Constitución española no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien ello no impide

que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. Pide que se reconsidere la vía escogida. “Es preferible una acción gradual firmemente sustentada a un cambio traumático desprovisto de la necesaria seguridad y firmeza” (Consejo de Estado, V).

3.3. Debate parlamentario

El debate parlamentario no aporta argumentos nuevos. El Ministro de Justicia López Aguilar insiste en su intervención que “la libertad y la igualdad que la Constitución consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico sean reales y efectivas, no solamente entre las personas o entre los individuos, sino también entre los grupos en los que las personas y los individuos se integran” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 78, pg.3769) porque la libertad e igualdad tienen como objetivo la persecución de la felicidad. El Ministro cree que el proyecto de ley servirá para poner fin a una historia de desigualdades y para derribar barreras y crear nuevos espacios de dignidad radicalmente iguales para todas las personas (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 78, pg.3770). Respecto al argumento de que el proyecto de ley devalúa la institución del matrimonio hasta hacerla irreconocible, afirma que es lo contrario, lo que hace: “es reforzarla, es fortalecerla, es afianzar su pervivencia, es afianzar su significación e incluso reconocer que esa institución puede ser relevante para personas o colectivos que nunca lo han podido ejercer y quizás por esa misma razón, porque lo han tenido denegado (...) han llegado a apreciarlo hasta dimensionarlo como un valor simbólico del que reclaman respuesta al legislador” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 78, pg.3772).

El derecho a la adopción del matrimonio de personas del mismo sexo fue objeto también de encendidos debates. Para el Ministro de Justicia, la institución jurídica de la adopción busca la protección del menor y las personas adultas se ofrecen como sujetos idóneos para ofrecerles una relación de protección. “Discriminarlos única y exclusivamente por la interrogación inquisitoria sobre la propia orientación sexual, como si ése fuere un criterio válido, dirimente por sí mismo acerca de la idoneidad para ser parte de un procedimiento de adopción, sería plenamente inconstitucional” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 78, pg.3770). En su intervención, el señor Duran I Lleida expuso: “no puede sostenerse que la adopción sea, desde la perspectiva jurídica o social, una institución de

guarda y cuidado nada más; reproduce los efectos jurídicos, sociales y económicos de la filiación biológica, aquello que viene del derecho romano, base de nuestro derecho, que es la adopción, sigue la naturaleza” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 78, pg.3774).

La Cámara admitió a trámite una iniciativa legislativa popular (art. 87.3 Constitución 1978) presentada por el Foro de la familia, apoyada por millón y medio de firmas aunque se votó en contra.

3.4. Veto del Senado

La ley fue vetada por el Senado que, mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley, expone qué entiende por matrimonio: “la unión estable entre un hombre y una mujer. Una institución fundamentada en la alteridad, la diferencia y la complementariedad entre la mujer y el hombre. Lo que le convierte en el ámbito más estable y comprometido de procreación, cuidado y educación” (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-11). Al abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, se ha producido “no una reforma institucional. Supone una alteración sustancial (...), una “desnaturalización de la institución matrimonial” (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-11). Respecto a la posibilidad de adopción del matrimonio de personas del mismo sexo, expone que ésta debe reservarse para las uniones estables entre personas de diferente sexo “por congruencia con el modelo de familia que se defiende, por congruencia con el hecho de considerar al niño como verdadero sujeto de derecho en el proceso de adopción, y también porque se considera la adopción como una institución que genera vínculos equivalentes a los de la filiación biológica, se estima que debe reservarse la adopción únicamente para las uniones estables -matrimoniales o no- entre personas de diferente sexo, así como para las personas individuales, entendiendo en este último caso que ni se excluye ni se sustituye la alteridad”. (Boletín Oficial Congreso Diputados, núm. 18-11).

El proyecto de ley volvió al Congreso que con 187 votos a favor, levantó el veto del Senado y se aprobó definitivamente, publicándose en el BOE el 2 julio 2005. Esta ley supuso la reforma de 17 artículos del Código Civil. Los artículos 116, 117 y 118 del Código no se modificaron “ya que estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales” (Ley 13/2005, II). Estos artículos hacen referencia a la presunción de la paternidad del recién nacido (artículo 116 Código Civil), a la

determinación de la filiación matrimonial y a la posibilidad del marido de destruir la presunción de paternidad (artículo 117 Código Civil), y a la determinación de la filiación matrimonial aun faltando la presunción de paternidad por causa de separación legal o de hecho.

3.5. Ley 15/2005

Una semana después de la aprobación de la Ley 13/2005 del matrimonio sexual, el Parlamento aprobó la Ley 15/2005 de 8 de julio “Por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”.

El 21 de abril de 2005, en Sesión plenaria del Congreso de los Diputados y, en la misma sesión en la que continúan los debates sobre el proyecto de ley anteriormente comentado, el Ministro de Justicia presenta el Proyecto de Ley “Por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”. La regulación del divorcio actualmente vigente en España está caducada y tiene enormes disfuncionalidades que inciden en la agravación de los conflictos familiares. Por ello, el efecto principal de esta iniciativa legislativa (...), no es otro que simplificar, agilizar y reforzar así el ámbito de libertad y autonomía de la voluntad con que se entra o se sale de la relación jurídica matrimonial. Lo propugnamos estableciendo una disolución del matrimonio sin causas y, por tanto, sin culpables”. (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 84, pg. 4095). Este proyecto de ley supone un divorcio sin plazos. Se mantiene únicamente el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para la interposición de la demanda. “No habrá separación previa y divorcio después, simplemente habrá acceso directo a la disolución del matrimonio sin necesidad de constatar ni acreditar el cese efectivo de la convivencia” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 84, pg. 4096). “Se propone un divorcio sin causas, sin necesidad del consentimiento de los dos miembros y del doble procedimiento de separación y divorcio” (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 84, pg. 4102). “Se suprimen las causas para la declaración de separación o de divorcio. A nadie se le exigirá decir por qué se quería casar y a nadie se le tiene que exigir dar explicaciones de por qué no quiere seguir en esa unión matrimonial”. (Sesión Plenaria Congreso Diputados, núm. 84, pg. 4108).

Esta iniciativa legislativa se encontraba también en el Programa electoral del PSOE: “Separación y divorcio: agilizaremos los procesos de separación y divorcio, suprimiendo el divorcio causal y permitiendo el acceso directo al divorcio sin necesidad de previa

separación, garantizando en todo momento los derechos fundamentales, especialmente el derecho a vivir sin violencia en el ámbito familiar” (Programa Electoral Generales 2004, pg. 33).

La Exposición de motivos de la ley estima que “el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación” (Ley 15/2005, Exposición de motivos). Se concibe además la separación y el divorcio como dos opciones, a las que las partes puede acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. “De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos” (Ley 15/2005, Exposición de motivos). Esta ley, que modificó 15 artículos del Código Civil, se le conoce como la ley del “divorcio exprés”.

Con esta ley podemos afirmar que existe un derecho al divorcio, paralelo al derecho al matrimonio.

4. Legitimación constitucional de la reforma: STC 198/2012 de 6 de noviembre.

El 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 de 1 de julio por setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso. El Tribunal desestimó el recurso por siete votos a favor, tres votos particulares discrepantes y un voto particular concurrente.

4.1. Antecedentes

En los Antecedentes de la sentencia, se desarrollan los fundamentos de Derecho del escrito de interposición. El planteamiento general del recurso se centra en la modificación del artículo 44.2 del Código Civil, de la que traen causa todas las demás reformas.

Se considera que la reforma no afecta sólo a la institución matrimonial sino a todo el sistema normativo relativo a la familia, “que se apoya en conceptos jurídicos seculares como el de padre, madre, esposo y esposa, y que también se ve afectado por la posibilidad de que los matrimonios en que los cónyuges pertenecen al mismo sexo adopten a menores” (Antecedentes 1.a).

Existen pocas instituciones en la historia de la humanidad con la tradición, solidez e importancia social del matrimonio, “institución que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, así como a su perpetuación” (Antecedentes 1.a). La ley impugnada desnaturaliza el matrimonio, que se convierte en una institución polisémica, borrosa y disponible. Además, tratándose de una institución garantizada constitucionalmente, se considera que “esta decisión (la reforma) corresponde al poder de reforma constitucional y no al legislador ordinario” (Antecedentes 1.a).

Se concluye afirmando que respetar la institución del matrimonio tal y como la ha querido el constituyente no es incompatible con la plena equiparación de los derechos civiles de las personas homosexuales. Sin embargo, la opción escogida “destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio” (Antecedentes 1.a).

Los recurrentes recogen ocho motivos de inconstitucionalidad.

El primer motivo es la infracción del artículo 32 CE ya que de este precepto “se desprenden dos notas fundamentales: que el derecho a contraer matrimonio está constitucionalmente reconocido al hombre y a la mujer, siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo” (Antecedentes 1.b). Por lo tanto, es al matrimonio así entendido, al que la Constitución dota de garantía institucional. Los recurrentes consideran que la manera de interpretar este artículo es la interpretación literal, la interpretación en relación con los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos, y a partir de la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

También se alude al doble carácter de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva y objetiva) y a la doctrina del TC sobre el concepto de garantía institucional (Antecedentes 1.b), ya desarrollados en el punto 3 de este capítulo.

El segundo motivo de inconstitucionalidad es la infracción del artículo 10.2 CE relativo a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales

ratificados por España en materia de derechos. La jurisprudencia del TEDH ha proclamado expresamente la concepción heterosexual del matrimonio (Antecedentes 1.c), por ejemplo en la Sentencia 11 julio 2002 (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin), comentado en Capítulo II del trabajo.

El tercer motivo de inconstitucionalidad es la infracción del artículo 14 CE en relación con los artículos 1.1 y 9.2 CE, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. Los recurrentes sostienen que, “además de que a nadie se le ha impedido nunca contraer matrimonio por ser homosexual, el matrimonio entre personas de sexos distintos no es equiparable a las parejas homosexuales, constituyendo una institución diferente”. Por tanto, “no puede pretenderse utilizar una institución como el matrimonio, que tiene unos perfiles tan claros y tradicionales, para aplicarla a una realidad social tan distinta que no ha sido contemplada por la Constitución” (Antecedentes 1.d).

El cuarto motivo de inconstitucionalidad es la infracción del artículo 39 CE en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia y de los hijos. “Se antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor” (Antecedentes 1.e).

Los últimos cuatro motivos de inconstitucionalidad se refieren al procedimiento:

-infracción del artículo 53.1 CE (sobre la ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, que deberá respetar su contenido esencial) en relación con el artículo 32 CE. (Antecedentes 1.f).

-infracción del artículo 9.3 CE, concretamente el principio de jerarquía normativa, (Antecedentes 1.g).

-infracción del artículo 9.3 CE en su dimensión de principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, concretamente se ha producido una arbitrariedad del legislador ya que la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo requiere una reforma previa de la Constitución (Antecedentes 1.h).

-infracción del artículo 167 CE relativo a la reforma constitucional. La reforma del artículo 32 CE requería haber seguido el cauce formal previsto en el artículo 167 CE (Antecedentes 1.i).

4.2. Alegaciones

Las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado en representación del Gobierno de la Nación comienzan con una referencia a la opción escogida por la reforma.

Se considera que “la homosexualidad se halla tutelada constitucionalmente por dos derechos fundamentales: el de libertad-intimidad del artículo 18.1 CE, y el de igualdad y prohibición de discriminación del artículo 14 CE” (Antecedentes 5.a). Aunque el artículo 14 no alude expresamente a la orientación sexual como criterio de discriminación proscrito, “existe unanimidad respecto a su inclusión como condición o circunstancia personal, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo” (Antecedentes 5.a).

El Tribunal Constitucional ha admitido la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, pero “ello no excluye (...) que el legislador pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio” (Antecedentes 5.a). Por tanto, “lo que sería posiblemente inconstitucional es no establecer ningún cauce jurídico para las uniones homosexuales que sea semejante al matrimonio en derechos y obligaciones” (Antecedentes 5.a).

Entrando en los concretos motivos de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado se extiende en un punto clave: el criterio con el que se deben interpretar las leyes.

La interpretación etimológica no es un argumento de peso ya que conecta con lo que en el momento de nombrar se entendía que constituía el contenido del objeto nombrado. “Lo verdaderamente relevante (...) es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado” (Antecedentes 5.b).

De la interpretación sistemática del artículo 32 se deriva que no existe un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio homosexual pero el legislador tiene un amplio margen de maniobra para reconocer las uniones de personas del mismo sexo (Antecedentes 5.b).

En relación con la interpretación histórica del artículo 32 CE, “La historia de la homosexualidad está vinculada a las ideas de pecado, delito y enfermedad o anomalía psiquiátrica y, por lo tanto, no puede servir como criterio para definir el futuro” (Antecedentes 5.b). Se recuerda que “el Tribunal Constitucional tiene declarado que el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías

constitucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar” (Antecedentes 5.b).

La interpretación evolutiva de las instituciones es la interpretación utilizada por los Tribunales de otros países y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se recogen sentencias importantes de esos tribunales, resoluciones del Parlamento Europeo y legislaciones de países de Europa a favor de matrimonio entre parejas del mismo sexo basándose en la interpretación evolutiva.

En definitiva, “el examen evolutivo pone de relieve una realidad compartida por la sociedad, el Derecho y la comunidad científica: la homosexualidad es una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales” (Antecedentes 5.b).

Con respecto al argumento según el cual el matrimonio es una institución de perfiles comunes, universalmente reconocible, que responde a las necesidades de perpetuación de la especie, se dice “no cabe sostener en la actualidad que exista una relación directa entre matrimonio y procreación. Tampoco se considera sostenible (...) que el matrimonio haya sido una institución con un contenido natural universalmente aceptado e invariable a lo largo de la historia” (Antecedentes 5.b). Se concluye así: “El propio concepto de matrimonio y la influencia de la Iglesia Católica en su regulación jurídica han variado enormemente a lo largo del tiempo, de modo que la actual concepción del matrimonio es relativamente reciente” (Antecedentes 5.b).

Con referencia a la tesis de la demanda según la cual existen otras opciones más proporcionadas para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, se considera que la plena equiparación con los matrimonios heterosexuales es la opción más respetuosa con la prohibición de discriminar por razón de orientación sexual. “También desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la protección de terceros se considera más aconsejable no crear una nueva institución ex novo, sino dar cabida a las parejas homosexuales en el matrimonio, cuyo régimen jurídico (...), es conocido por todos” (Antecedentes 5.b). Además, “desde un punto de vista sociológico y psicológico las relaciones homosexuales y las heterosexuales tienen unas mismas necesidades y

expectativas y el matrimonio civil no es más que el cauce jurídico a través del cual se expresan tales relaciones” (Antecedentes 5.b).

Las conclusiones del Abogado del Estado son las siguientes.

“En primer lugar, la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio (...). Del artículo 32 CE no resulta ni la prohibición ni la exigencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que la Constitución otorga un amplio margen de libertad de configuración al legislador para establecer un matrimonio exclusivamente heterosexual y una unión legal homosexual, o un matrimonio que dé cabida a las parejas del mismo o de distinto sexo” (Antecedentes 5.f).

En segundo lugar, para definir el contenido de las garantías institucionales que se protegen, “lo más relevante no es la historia, sino la imagen que de la garantía tiene la conciencia social en un momento y lugar. En el caso del matrimonio homosexual la conciencia social ha cambiado, permitiendo integrar a las parejas del mismo sexo en el matrimonio sin que ello padezca la imagen social de esta institución” (Antecedentes 5.f). En tercer lugar, se recuerda que los elementos del matrimonio han ido cambiando a lo largo de la historia y que la homosexualidad se considera una opción sexual tan legítima como la heterosexualidad. Por tanto, “si es la interpretación evolutiva la que define el contenido de la garantía institucional, no cabe duda de la constitucionalidad del reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio” (Antecedentes 5.f).

4.3. Fundamentos Jurídicos

En los Fundamentos jurídicos, el TC pone de relieve que el motivo de inconstitucionalidad principal es la vulneración del artículo 32 CE (FJ 6) y a esta cuestión dedica los fundamentos jurídicos 6 al 11.

Nuestra jurisprudencia ha interpretado el artículo 32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido: el matrimonio en la Constitución española es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional (FJ 6).

La categoría garantía institucional está descrita en STC 32/1981 de 28 de julio y comentada en el punto 3, Capítulo III. El TC debe determinar si la institución matrimonial, antes de la reforma de la Ley 13/2005 y después de ella, se ha modificado

jurídicamente y si esa modificación resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio (FJ 8). Teniendo esto presente, se considera trasladable a nuestro razonamiento la afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente” (STEDH en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, & 55) comentada en capítulo II de este trabajo. Así se entendía el matrimonio en el año 1978, cuando se redacta el artículo 32 CE. “Los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio” (FJ 8). Pero hay que dar un paso más en la interpretación del precepto, basado en la idea de que “la Constitución es un árbol vivo (...) que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente (FJ 9). En este sentido, el Tribunal Constitucional “dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual (...), a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (FJ 9).

Junto a la lectura evolutiva, en la interpretación actual de la Constitución, el Tribunal debe tener en consideración la “cultura jurídica”, es decir, el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla (FJ 9).

Los elementos configuradores de la cultura jurídica son: la interpretación literal, sistemática de los textos constitucionales, la observación de la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado, los tratados internacionales, la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas y otros organismos internacionales de reconocida posición. (FJ 9). La cultura jurídica tiene cabida en nuestro sistema constitucional a través de un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, es el dispuesto en el artículo 10.2 CE. “La regla

hermenéutica de este artículo lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005” (FJ 9).

La sociedad española actual considera el matrimonio como “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento” (FJ 9).

Las notas esenciales del matrimonio son: la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad (FJ 9). Se produce así una personalización del instituto matrimonial, considerándose como un cauce de expresión del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. El matrimonio no tiene más interés social que la expresión de una relación afectiva entre dos personas que buscan mutua compañía, apoyo y un proyecto de felicidad. Según nuestra opinión, existen muchos tipos de “comunidad de afecto”. Lo específico del matrimonio es que se trata de una convivencia afectivo-sexual, que es la que la diferencia de otro tipo de relaciones. La cuestión es si el art. 32 regula de una determinada manera la afectividad sexual de una pareja y por tanto la heterosexualidad forma parte del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, cuestión que la Sentencia no afronta directamente.

La Sentencia continúa exponiendo que, aunque no existe una posición unánime en nuestra cultura jurídica respecto a esta cuestión, la tendencia creciente a reconocer que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica (FJ 9). Este razonamiento carece de fundamento jurídico: parece que son las tendencias sociales “crecientes”, las que van determinando el contenido de las instituciones y, ni siquiera hay una posición unánime.

La siguiente cuestión es el matrimonio como derecho constitucional. El ATC 222/1994 recuerda en el FJ 2: “los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y

beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”. Según el TC, lo que hace el Auto 222/1994 es asumir el principio heterosexual del matrimonio como una opción válida (...) pero de ello no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima, debiendo determinarse si la opción del legislador aquí enjuiciada también cabe dentro de la norma constitucional vigente” (FJ 10). Siendo un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, puesto que exige de otra persona para realizarse. Por tanto, con la reforma de la Ley 13/2005 “No estamos, pues ante una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio” (FJ 11). La reflexión a abordar es si esa modificación supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental.

Como la garantía institucional del matrimonio coincide substancialmente con la dimensión objetiva del derecho constitucional al matrimonio y esa garantía permanece intacta con la nueva regulación legal, la dimensión objetiva del derecho permanece inalterada (FJ 11). La reflexión se centra exclusivamente en la dimensión subjetiva del mismo. “El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual (...) no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil” (FJ 11).

El TC concluye que lo único que se modifica es el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales. El Tribunal ha supeditado la garantía institucional a la efectividad del derecho, basándose en la acomodación del derecho a las exigencias de la evolución social y en los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 10 y art. 14 Constitución).

4.4. Votos particulares

Seguidamente analizamos algunas cuestiones debatidas en los votos particulares.

4.4.1 Interpretación del artículo 32 Constitución

Consideramos esencial averiguar qué institución matrimonial garantiza la Constitución, en su artículo 32.

El Magistrado Ramón Rodríguez Arribas comenta la definición de la institución matrimonial del Fundamento Jurídico 9 : “La descripción que acaba de reproducirse, un tanto enrevesada y poco eufórica, realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, éste podría constituirse entre un tío y un sobrino (...) se prescinde absolutamente del componente biológico (o antropológico si se quiere) ínsito en el matrimonio desde que apareció el ser humano en el planeta y que como institución precedió a la tribu” (& 1). El matrimonio, además de todos los componentes jurídicos, “es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural puede satisfacerse fuera del matrimonio (...) no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir” (& 1).

El Magistrado Ollero Tassara discrepa con la afirmación del Abogado del Estado de que nuestra Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio. “La idea de una Constitución sin conceptos me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra (...). Queda en el aire cómo es posible que, aun no existiendo un concepto, se nos indique qué es lo que cabe o no incluir en él”. (& 4).

Para el Magistrado González Rivas: “El matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española” (& 1). Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (art. 53.1 CE) (& 1).

Para el Magistrado Aragón Reyes, “el texto constitucional, en el momento de su aprobación, partía de un entendimiento del matrimonio como unión entre parejas de distinto sexo. Ese es un dato que se desprende del debate constituyente y del significado

que entonces el matrimonio tenía en la cultura jurídica y en la conciencia social españolas” (& 1). Otro dato importante es “que la interpretación que el Tribunal Constitucional fue dando al artículo 32.1 CE era inequívoca: el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer. Y ello lo hizo el Tribunal en múltiples resoluciones” (& 1).

4.4.2. Contenido de las garantías institucionales

Otra cuestión debatida es sobre el contenido nuclear de las garantías institucionales. El Magistrado Aragón Reyes discrepa de que se utilice la vía del artículo 10.2 CE (fundamento jurídico 9), “que sirve para interpretar los derechos fundamentales (...), pero no las garantías institucionales, que son categorías que pueden estar relacionadas entre sí (...) pero que son, desde el punto de vista analítico (...), perfecta y necesariamente distinguibles” (& 1). También discrepa de que se utilicen los artículos 9.2 y 14 de la CE, ya que “los mandatos de igualdad y no discriminación que la Constitución contiene no obligaban al legislador a garantizar jurídicamente la unión entre personas del mismo sexo a través de la institución del matrimonio” (& 1). El juicio que debe dar el Tribunal Constitucional no es si la opción del legislador español es la “más constitucional” sino que debe reducirse “al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de los mandatos que la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático” (& 2). Discrepa del fundamento jurídico 9 “el matrimonio entre personas del mismo sexo es una opción no excluida por el constituyente” ya que “cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede con el artículo 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario” (& 1).

El Magistrado González Rivas discrepa con la Sentencia que parte del presupuesto de la libre configuración por el legislador de la institución del matrimonio. Según su opinión, eso supone “establecer una garantía constitucional transformada que afecta a la imagen sustancial de la misma” (& 1). De manera que “la institución matrimonial configurada por la ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo

una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo” (& 1).

4.4.3. El concepto de cultura jurídica

La sentencia recurre al concepto cultura jurídica para justificar que la garantía institucional del matrimonio puede verse alterada por el legislador sin vulnerarla. El Magistrado Ramón Rodríguez Arribas entiende que el núcleo de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. “Precisamente para evitar que el legislador ordinario, basándose en el clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión pudieran vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales” (& 3). Además, “resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan” (& 3). En su opinión, los argumentos sociológicos, estadísticos y los elementos de la cultura jurídica, eluden el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho y no con conceptos “metajurídicos”, que no tienen otra función que reforzar la solución, pero no condicionarla (& 3).

El Magistrado Aragón Reyes discrepa con el concepto de cultura jurídica que la Sentencia emplea ya que lo equipara a una especie de sociologismo jurídico (& 1).

4.4.4. La interpretación evolutiva de la Constitución

Una cuestión esencial de la Sentencia y de los votos particulares es la interpretación evolutiva de la Constitución.

Para el Magistrado Aragón Reyes, esta interpretación consiste en “adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan” (& 2). Esta adaptación tiene un límite: “el respeto al tenor literal de la propia norma (...), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello” (& 2). El FJ 9 dice que la Constitución se acomoda a las realidades de la vida moderna a través de la interpretación evolutiva y la duda que nos asalta y el Magistrado Aragón Reyes la plasma, es la siguiente: “El Tribunal Constitucional,

entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente” (& 2).

De esta forma, se está legitimando al Tribunal Constitucional para que pueda re-interpretar la Constitución a la luz de los tiempos, vaciando de contenido el Título X de la Constitución, sobre la reforma de la misma, como recuerda el Magistrado Ollero Tassara: “Una interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio; como recuerda en términos inequívocos el art. 167 del propio texto constitucional” (& 5).

¿Cómo puede el TC afirmar en el ATC 222/1994 citado en la Sentencia, que el matrimonio constitucionalmente garantizado es de naturaleza heterosexual para afirmar ahora lo contrario? La respuesta es basándose en una interpretación originalista del artículo 32, como expone el Magistrado Ollero Tassara: “Tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer. El matrimonio es (...) una institución tan conocida como para no necesitar definición, según refleja el propio debate constituyente, que tampoco se ocupó de definir qué sea la educación, la religión, la propiedad o el mercado” (& 5). El Magistrado expone el sentido de la “historicidad” de las normas jurídicas, “exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible” (& 5). Porque si la Constitución necesita acomodarse a las realidades de la vida moderna a través de la interpretación evolutiva, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad como se afirma en el Fundamento Jurídico 9, “aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas” (& 5).

4.4.5 Los derechos individuales

El Magistrado Ollero Tassara hace una interesante reflexión acerca un “predominante radicalismo individualista, que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales, haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras” (& 2). Este radicalismo lleva a tratar las instituciones jurídicas como si fueran “mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento” (& 2). Parece que todo se reduce a una “contraposición simplista

entre limitación o ampliación de derechos individuales” (& 2). La interpretación del artículo 14 Constitución que recoge el principio de no discriminación, se convierte en fuente de nuevos derechos destinados a eliminar las discriminaciones más arraigadas, como la que supone reconocer el carácter heterosexual del matrimonio (& 2).

En el caso de la institución matrimonial, este radicalismo lo instrumentaliza, “no reconociendo al matrimonio función más importante que la de otorgar reconocimiento social a conductas injustamente discriminadas” (& 2).

Comparte la legítima aspiración a erradicar la injusta discriminación de las personas que suscriben una orientación homosexual pero, “lo que nunca suscribiré es que el fin justifique los medios, imperativo obligado de cualquier versión de uso alternativo del derecho. El respeto a una determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo” (& 2).

4.4.6. Conclusiones

El análisis jurídico de la Sentencia resulta confuso. Hay una buena dosis de carga ideológica y los argumentos resultan pobres. El legislador interpreta la Constitución, basándose en dos conceptos: la cultura jurídica y la interpretación evolutiva.

La cultura jurídica sustituye a la doctrina jurídica y justifica el cambio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su interpretación del artículo 32. Este concepto de cultura abarca una amalgama de elementos, tantos como interese al legislador: los hay estrictamente jurídicos, como por ejemplo la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los tratados internacionales y otros que no tienen ninguna base jurídica, como las estadísticas y el sentir social.

Con la interpretación evolutiva, el Tribunal consigue que la Constitución diga lo que en cada momento el legislador quiere que diga. Así, el Tribunal cambia su papel: de poder constituido se convierte en poder constituyente. Su función no es como hasta ahora, determinar si una ley es inconstitucional o no. Se ha convertido en el intérprete de la Constitución, basándose en el sentir social del momento histórico concreto. De esta manera, el legislador -avalado por el TC- ya no tiene límites: es difícil que una ley sea contraria a la Constitución. Ésta dirá lo que sea necesario, para estimar constitucional la ley que propone el legislador.

Si la Constitución se puede interpretar con esos criterios, las instituciones jurídicas protegidas por la Constitución, también son susceptibles de interpretación. Y si hasta ahora tenían un núcleo esencial, el legislador puede determinar otro distinto. Así ha sucedido con el matrimonio en esta Sentencia.

5. Qué no es matrimonio y por qué no lo es.

Las sucesivas regulaciones del matrimonio, desde 1981 hasta 2005, afectan a dos aspectos esenciales de la institución matrimonial: la complementariedad sexual y el vínculo matrimonial.

5.1. La complementariedad sexual

La Ley 13/2005 elimina la complementariedad sexual entre los miembros del matrimonio como elemento esencial del mismo. Esta ley es fruto de una evolución de la jurisprudencia, que tiene su punto de inflexión en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, a raíz del debate sobre si es posible rectificar el sexo en la inscripción del Registro Civil.

Consideramos que el matrimonio es una relación afectiva, pero no cualquier relación, sino que consta de un componente o dimensión sexual, que la diferencia del resto de relaciones afectivas. La cuestión será determinar cómo se concreta esa dimensión sexual y qué se entiende por sexo y sexualidad, componentes de esa dimensión.

En la citada Sentencia, el Tribunal Supremo expone que existe “el sexo anatómico, el sexo psicológico y el sexo social” y que “El sexo es simplemente un atributo o una circunstancia de la persona” (STS Antecedentes III).

Además, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social de nuestro país es el libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución. Pero, ¿qué es la personalidad? “Es lo más propio de cada ser humano, aquello que caracteriza a cada uno de nosotros, que nos vamos definiendo y haciéndonos a través de la vida” (STS Antecedentes III). Para el Tribunal Supremo, una de esas cualidades es el sexo, es decir, sentirme hombre o mujer, ser yo mismo. Por ello, se viola abiertamente el artículo 10 de la Constitución, “si no se me permite ser y manifestarme como me siento, si todo mi sentir y toda mi apariencia es de mujer y sin embargo, mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, manifiesta a todos que soy varón” (STS Antecedentes

III). El Tribunal Supremo afirma que no reconocer el cambio de sexo, supone una discriminación basada en el sexo, según el artículo 14 de la Constitución. La consecuencia de todo ello es la siguiente: “Si el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia” (STS Antecedentes III)

Esta exposición es la llamada “teoría del género”: los sexos no existen como una realidad natural sino que simplemente se trata de una opción sexual que se realiza en un momento del desarrollo de la personalidad.

En el voto particular suscrito por cuatro magistrados se expone: “El estado de la cuestión en la Ciencia es el de que, biológica y hasta ontológicamente, la diferencia del hombre respecto de la mujer (...) radica fundamentalmente en el sexo que (...) es la condición orgánica que distingue al uno de la otra, lo que viene determinado específicamente por los genes”. “El examen cromosomático del ser humano nos da la pauta de su individualidad sexual hombre o mujer. Estructuralmente, ello es lo que enmarca su condición de varón o hembra y los demás caracteres como son los primarios (órganos sexuales) o secundarios” (STS, Voto particular, Fundamento Derecho 1).

Finalmente, se concluye: “el sexo es una cualidad inmanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes psicosomáticos tiene, incuestionablemente, un ingrediente de carácter físico-biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento psíquico que lo complementa y adorna” (STS, Voto particular, Fundamento Derecho 1).

Resumiendo, en esta sentencia el Tribunal Supremo expone:

- el sexo deja de tener relevancia jurídica, en el sentido de que tanto varón como hembra tienen los mismos derechos y obligaciones. Ser hombre o mujer se convierte en una circunstancia
- en la determinación del ser-hombre o ser-mujer, lo psicológico prevalece frente a lo biológico, el sexo sentido y vivido prevalece sobre la realidad física, la sexualidad se impone frente al sexo. No es relevante la verdad biológica, lo

relevante es el derecho a sentirme yo mismo como hombre o mujer, manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución).

Si la realidad biológica se convierte en un dato sin relevancia para el derecho, nos preguntamos cuál es el bien que protege el derecho en las relaciones de pareja, relaciones que se pueden tener entre parejas homosexuales o heterosexuales (y que el legislador debe proteger ya que todos somos iguales ante la ley, artículo 14 Constitución). Ese bien se reduce a la relación afectiva entre ellos y a la posible constitución de “una familia”, con los derechos y deberes que conlleva.

Al reconocer el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, la complementariedad sexual (complementariedad que conlleva la posibilidad de engendrar naturalmente vidas humanas necesitadas de protección), deja de ser una característica del instituto matrimonial. El peso de la institución recae sobre la pareja que lo forma y su realización personal.

5.2. El vínculo matrimonial

El proceso de desaparición del vínculo matrimonial como elemento esencial del matrimonio comienza en 1981, cuando se permite la disolución del vínculo, aunque supeditado a causas y plazos, ya que el vínculo se consideraba socialmente protegible. Este proceso culmina con la Ley 15/2005, que fundamenta el matrimonio en la voluntad de los cónyuges, idea reafirmada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 198/2012. En ella, el TC expone las notas esenciales del matrimonio: la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad (FJ 9). El vínculo es sustituido por el consentimiento continuado de los cónyuges. Desaparece así la concepción del matrimonio como una unión en la que “existe un compromiso irrevocable del cual surge un vínculo, una relación jurídica, un estatus, del que derivan obligaciones y derechos de los cónyuges, todo lo cual trasciende al mundo jurídico mediante una determinada forma legal” (GARCÍA HERVÁS, D. (2001) 81 pg. 343).

Hasta la ley de 1981, el matrimonio se entiende como el querer de dos personas -hombre y mujer- que quieren ser cónyuges y prestan su consentimiento para comprometerse en un vínculo que les reconoce como esposos. Ese querer ser cónyuges es el “amor

conyugal”, que se diferencia de cualquier otro modelo convivencial basado en el amor, por su específico carácter de complementariedad sexual abierto a la procreación.

Los dos aspectos esenciales del matrimonio se reclaman mutuamente.

En la ley 15/2005, no queda rastro del vínculo que surge del compromiso. Los cónyuges pueden revocar el consentimiento de mutuo acuerdo o por voluntad unilateral de uno de ellos, sin causas ni plazos. Uno se casa sin pedir permiso a nadie y se “descasa” sin tener que justificar a nadie esa decisión.

El matrimonio se convierte en una relación basada en el afecto (*affectio maritalis*), que es la causa del consentimiento permanente. Cuando finaliza el afecto (el amor), el consentimiento se revoca y se disuelve la relación.

CONCLUSIONES

Nuestra sociedad ha optado -hasta el siglo XXI- por proteger las uniones estables heterosexuales, por considerarlas esenciales y básicas para la sociedad. Para ello, instituye el matrimonio y regula los derechos y deberes de los cónyuges entre sí, con respecto a los hijos, a los terceros y a la sociedad en general. En esta institución, la diferenciación sexual es un elemento esencial: el matrimonio responde a una estructura heterosexual orientada a la procreación que, a nuestro entender, es el sentido natural de la diversidad sexual.

La sociedad cambia y esto se refleja -entre otros aspectos-, en la aceptación social de otros modelos familiares de convivencia afectiva distintos al matrimonio, modelos que los poderes públicos deben proteger y regular. En algunos de estos modelos, la orientación sexual de la relación deja de tener importancia. La cuestión surge cuando estas personas quieren compartir su vida en una relación afectiva análoga a la conyugal y quieren tener el mismo status jurídico que la institución matrimonial. Y entonces, el legislador opta por “englobar” diferentes relaciones afectivas bajo la denominación de “matrimonio”.

Se produce así una confusión jurídica: se cambia el contenido objetivo de una institución, por considerar discriminatorio que no puedan acceder a la misma quienes no quieren respetar sus características esenciales: complementariedad sexual y vínculo matrimonial. La convivencia en pareja como medio a través del cual se desarrolla la propia personalidad y como lugar de encuentro y de apoyo emocional, es digno de ser protegido por los poderes públicos. Pero el matrimonio es otro tipo de relación: es la relación afectiva que responde con más plenitud a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, así como a su perpetuación. Estamos ante dos realidades distintas, que deben ser tratadas de distinta manera. El matrimonio como institución protege a los cónyuges y protege a los “futuros hijos” que surgen naturalmente de esa relación, hijos que son el futuro de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Anteproyecto Constitución española, Boletín Oficial de las Cortes. Consultado en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF

Anteproyecto Constitución española. Enmiendas. Consultado en:

<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (7 diciembre 2000).

Consultado en: <http://european-convention.europa.eu/pdf/df/charteES.pdf>

Código Civil 1889. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=60&tn=1&p=18890725>

Comisión Permanente del Consejo de Estado, Expediente de anteproyecto de Ley por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Expediente 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004.

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-2628>

Constitución española 9 diciembre 1931. Consultado en:

http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

Constitución española de 27 diciembre 1978. Consultado en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 septiembre 1950). Consultado en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 mayo 1969). Consultado en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11884>

Decreto 9 de febrero de 1875. Consultado en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2008/decretoDelMinisterioRegenciaSobreMatrimonioCivil.pdf>

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 150. Consultado en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_150.PDF

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 151. Consultado en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_151.PDF

Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Consultado en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/07/07/30>

Ley provisional de Matrimonio Civil de 1870.
Consultado en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/172/A00001-00002.pdf>

Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>

Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo.

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

Ley 2/2014 de 8 de julio.

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-8608>

Ley Foral 8/2017 de 19 de junio.

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-8527-consolidado.pdf>

[Programa electoral PSOE Elecciones Generales 2004](#)

Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio de 21 enero 2005. Consultado en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_018-01.PDF

Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 1998, 51 a 54 y 73. Consultado en:

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998IP0468&rid=27>

Resolución del Parlamento europeo sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión europea del 16 de marzo de 2000, 56. Consultado en:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000IP0050\(01\)&qid=1593672933787&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000IP0050(01)&qid=1593672933787&from=ES)

Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea de 5 de julio del 2001, 74 a 85. Consultado en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001IP0223&qid=1593672933787&from=ES>

Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm. 78.

Consultado en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_078.PDF

Sesión Plenaria Congreso de los Diputados, núm 84. Consultado en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_084.PDF

Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (12 de junio 1985).

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-1>

Tratado de Lisboa (13 diciembre 2007).

Consultado en: <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>

SENTENCIAS

ATC 222/1994. Consultado en: <https://app.vlex.com/#vid/58122183>

Sentencia Tribunal Supremo, 2 junio 1987.

Consultado en: <https://supremo.vlex.es/vid/-77042810>

STEDH, 30 julio 1998, asunto Sheffield and Horsham vs Reino Unido.

Consultado en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58212>

STEDH, 11 julio 2002, asunto Goodwins vs Reino Unido.

Consultado en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4027>

STEDH, 29 abril 2008, asunto Burden vs Reino Unido. Consultado en:

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-86146%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-86146%22]})

STEDH, 24 junio 2010, asunto Schalk y Kopf vs Austria.

Consultado en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605>

Corte Suprema Estados Unidos, 26 junio 2015, asunto Obergefell vs Hodges. Consultado en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

STEDH, 21 julio 2015, asunto Oliari y otros vs Italia.

Consultado en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-156265>

STEDH, 9 junio 2016, asunto Chapin y Charpentier vs Francia.

Consultado en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-113081>

OC 24/17, 24 noviembre 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

STC 32/1981, 28 de julio.

Consultado en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/32>

STC 198/2012, 6 de noviembre.

Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>

DOCTRINA

ALCARAZ, H., *La Constitución y el matrimonio homosexual en España. A propósito de la STC 198/2012 del Tribunal Constitucional*. Revista Jurídica Piélagus, Vol. 15, pp. 11-24.

ALONSO PÉREZ, J.I., *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*. Bosch Editor, Barcelona 2007.

AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW., *El Principio de Igualdad y No Discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo*. Vol. 29, Issue 4, 2014. Consultado en:

<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1822&context=auilr>

BERTOLOTI, M., *La diversidad sexual en el sistema interamericano de derechos humanos después de la opinión consultiva OC-24/17*. RecorDip, nº 1, 2018. Consultado en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/23084>

DELGADO RAMOS, D., *Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Político, nº 99, mayo-agosto 2017.

DÍEZ-PICAZO, L., en el Prólogo a la obra de ROCA I TRÍAS, E., *Libertad y Familia*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2014, pp. 7 y ss.

DÍEZ PICAZO, L., *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*. InDret. Barcelona 2007.

Consultado en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78594/102670>

GARCÍA CANTERO, G., Unde venis et quo vadis, hispánica familia?, en *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*. CEU Ediciones, Madrid 2009, pp. 83-137.

GARCÍA HERVÁS, D., *Panorámica legislativa sobre uniones de hecho*. Revista Ius Canonicum 49 (2001) 81 pg. 343.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión europea*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2004.

GONZÁLEZ VEGA, *Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual*. Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 56 nº1 (enero-junio 2004), pp. 177-184.

HERVADA, J., *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*. EUNSA, Pamplona 2000.

LAFFERRIERE, J.N., *Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea*. Persona y Derecho, Vol. 63 (2010).

LAUROBA LACASA, ME., *El derecho de familia en España hoy: del matrimonio indisoluble al matrimonio entre personas del mismo sexo*. Revista Jurídica U.P.R. 935, 2006.

MACARRÓN LARUMBE, A., *El suicidio demográfico de España: ¡Vae infertilibus!*. Ed. Homolegens, Madrid 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*. Revista Española de Derecho Canónico, Vol. 64, nº163, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, J.G., *El proceso de vaciamiento legal de la institución matrimonial en España*. Romae, Pontificia Universitas Sanctae Crucis Facultas Iuris Canonici, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C Y DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*. Ed. Rialp, Madrid 2007

MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 117-180.

MATÍA PORTILLA, F.J., *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*. Revista General de Derecho Constitucional 15 (2012)

MATÍA PORTILLA, F.J., *Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº 1, 2013, pp. 535-554.

MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2006.

NANCLARES VALLE, J., *La familia en el derecho civil español contemporáneo*” en Familia: historia y cultura, Dykinson 2017.

NANCLARES VALLE, J., *Convivencia entre personas del mismo sexo e interés público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Persona y Derecho, nº 72 año 2015/1/ pp. 109-132

NAVA RODRÍGUEZ, J., *Legislación estatal de los países miembros de la Unión Europea sobre las uniones de hecho: estudio de su dimensión de justicia*. Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado, nº 22, 2007-2008, pp. 117-141

NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y derecho*. Ed. Tecnos, Madrid 1995, pp. 41 y ss.

OLLERO, A., *Los nuevos derechos*. Persona y Derecho, Vol. 66, año 2012/1, pp. 49-62.

ROBLEDA, L., *El matrimonio en Derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*. Vol. 1. Librería Editrice Università Gregoriana, 1970

SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales, Servicios de Estudios y Publicaciones, Vol. 1, Madrid 1980

SANZ CABALLERO, S., *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Ley Valenciana de Uniones de Hecho*, 37, 40 (Manuel Martínez Sospedra ed., 2002).

SERRANO CHAMORRO, M.E., *Las parejas de hecho y su marco legal*. Colección Familia y Derecho. Ed. Reus, Madrid 2014.

VILADRICH, P.J., *Agonía del matrimonio legal: una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*. EUNSA, Pamplona 2010.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El derecho europeo ante la pareja de hecho: la experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*. CEDECS, 1996.